

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

EN DERECHO PROCESAL

EL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL

WILFRIDO EDISON TERAN ORTEGA

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Wilfrido Edison Terán Ortega

Fecha, 4 de enero de 2010.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

EL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL

WILFRIDO EDISON TERAN ORTEGA

2009

TUTORA: DRA. VANESA AGUIRRE

TULCÁN

RESUMEN/ABSTRACT:

Cuando se infringe el deber genérico de no ocasionar daño a los demás, surge la responsabilidad extracontractual, para solucionar el problema que generó el perjuicio a la víctima.

La función básica de la responsabilidad extracontractual es la de posibilitar la reparación de los daños a quien los padece, es por ello que esta institución se encarga de otorgarle al lesionado las herramientas y las garantías necesarias para que logre la reparación correspondiente.

El mundo va cambiando aceleradamente, de modo que las relaciones entre los seres humanos se hacen más complejas; fruto de estas relaciones surgen daños que afectan a nuestros semejantes y que necesitan ser reparados. Esta tarea la ha asumido la responsabilidad extracontractual.

Dedicatoria

Como siempre a Samuelito, con todo el amor del mundo.

Agradecimiento

Mi agradecimiento eterno, y reconocimiento a la profunda calidad humana, a la infinita bondad, a quien posibilitó e incentivó la culminación de esta investigación, a la doctora Vanesa Aguirre; gracias por su paciencia y eficaz colaboración.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	10
Capítulo I: La responsabilidad extracontractual.....	13
I.1 Consideraciones generales	13
I.2 A manera de definición	14
I.3 La responsabilidad extracontractual a través de la historia	15
I.4 Los sistemas de responsabilidad	22
I.4.1 La responsabilidad por culpa	22
I.4.2 La responsabilidad objetiva	27
I.4.3 Las teorías eclécticas.....	31
Capítulo II: El daño	34
II.1 Aproximación a una definición.....	34
II.2 El daño como elemento esencial de la responsabilidad extracontractual	37
II.3 Requisitos del daño	38
II.3.1 Certeza del daño	38
II.3.2 El daño debe ser subsistente	44
II.4 Clasificación del daño	44
II.4.1 El daño material	45
II.4.1.1 Daño emergente	45
II.4.1.2 Lucro cesante.....	46
II.4.2 El daño moral	47

II.5 El daño y la relación de causalidad.....	50
II.5.1 La teoría de la equivalencia de condiciones.....	53
II.5.2 Teoría de la causa próxima	55
II.5.3 La teoría de Von Bar.....	56
II.5.4 La teoría de la causalidad adecuada	56
II.5.5 Teoría de Birkmeyer.....	59
II.5.6 Teoría de Kohler.....	59
II.5.7 La causa eficiente	60
II.6 Causas de exoneración de responsabilidad	60
II.6.1 Caso fortuito o fuerza mayor	61
II.6.2 El hecho de un tercero	63
II.6.3 El hecho de la víctima	64
 Capítulo III: Reparación de los daños.....	66
III.1 Obligación de reparar el daño causado	66
III.2 Diversas formas de reparación.....	68
III.2.1 La reparación en especie	68
III.2.2 La reparación por equivalente.....	71
 Capítulo IV: La acción de responsabilidad extracontractual.....	76
IV.1 Efectos del delito o cuasidelito.....	76
IV.2 Acción que compete a la víctima.....	76
IV.3 Titular de la acción.....	77

IV.4 Sujeto pasivo de la acción.....	79
IV.4.1 Responsabilidad solidaria.....	80
IV.5 Ejercicio judicial de la acción.....	81
IV.6 La prueba.....	85
IV.6.1 La prueba del daño.....	88
IV.6.2 La prueba de la relación de causalidad.....	89
IV.6.3 La prueba de la culpa.....	90
IV.7 Extinción de la acción.....	92
Conclusiones.....	95
Bibliografía.....	98

INTRODUCCIÓN

Existe una regla general que permite la convivencia pacífica de los seres humanos, que establece que no debemos ocasionar daño a nuestros semejantes; cuando se quebranta aquella norma, entra en acción la responsabilidad extracontractual, la cual se encarga de reparar el daño causado injustamente a otra persona.

El daño es el elemento esencial de la responsabilidad extracontractual, ya que él le da origen; sin daño, no es posible hablar de responsabilidad extracontractual; además siempre amenaza alterar nuestra cotidianidad, es por ello que todos estamos expuestos de una u otra manera a dañar o ser dañados, a la vez que siempre anhelamos estar fuera de su alcance.

En los últimos tiempos llama profundamente la atención el daño injustamente sufrido, esto es el que fue ocasionado sin mediar justificación alguna. El daño injusto lesiona, menoscaba todo interés lícito de la víctima.

Este trabajo de investigación está conformado por cuatro capítulos, a saber:

En el primer capítulo se realiza un bosquejo de lo que se entiende por responsabilidad extracontractual. La manera cómo esta institución fue evolucionando a través de la historia, desde la venganza privada, pasando por la etapa de la ley del Talión, por las composiciones voluntarias, por las composiciones legales, hasta que el Estado toma a su cargo la tarea de buscar la reparación de los daños, nos hace comprender que al ser humano siempre le preocupó el problema que generan los daños, por ello ha intentado implementar los mecanismos más adecuados que le permitan remediarlos. Se

analizan los sistemas de responsabilidad, partiendo del hecho de que habitualmente se había considerado que el autor del daño era quien debía responder, porque actuó con culpa, negligencia o dolo; en definitiva, por haber procedido mal y haber ocasionado un daño tenía la obligación de repararlo. Sin embargo, se estudia cómo la teoría de la responsabilidad por estas causas no fue capaz de resolver el problema que se presentó a raíz del desarrollo industrial, el cual hizo que se incrementara el número de accidentes ocasionados por el funcionamiento de las máquinas; así, muchos obreros los sufrían en razón de su trabajo y quedaban desposeídos del resarcimiento; surgieron entonces daños que no eran el resultado de la culpa, y que fueron abordados desde la óptica de las teorías de la responsabilidad objetiva; también manaron teorías eclécticas que consideraron que la responsabilidad no poseía un solo fundamento.

El capítulo segundo se refiere al elemento indispensable de la responsabilidad extracontractual, esto es al daño, a los requisitos que debe cumplir para ser reparado, es decir, ser cierto, y no haber sido reparado. A continuación, se realiza una clasificación del daño: en material (el mismo que puede presentarse como daño emergente y o lucro cesante) y moral. Se estudia la relación de causalidad, la cual es la encargada de individualizar al presunto responsable; se analiza el problema relacionado con la existencia de varias causas, el mismo que es examinado por varias teorías que intentan solucionarlo, entre ellas tenemos: la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causa próxima, la teoría de Von Bar, la teoría de la causalidad adecuada, la teoría de Kohler, la de la causa eficiente. Se analizan las causas de exoneración de responsabilidad: el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho de la víctima, que son acontecimientos ineludibles e imprevisibles que rompen la cadena causal y que determinan que el presunto autor del perjuicio no sea responsable del efecto dañoso.

El capítulo tercero se refiere a la obligación de reparar el daño causado, y a las diversas formas de reparación: en especie y por equivalente.

El capítulo cuarto trata de la acción de responsabilidad extracontractual. A la víctima del daño le corresponde ejercer la acción de reparación, dicha acción procede contra quien produjo el daño y sus herederos, excepcionalmente contra el tercero civilmente responsable y contra aquel que sin ser cómplice, recibe provecho del dolo ajeno. Se habla de la prueba, de la carga de la prueba; de la extinción de la acción.

Capítulo I

La responsabilidad extracontractual

I.1 Consideraciones generales

Existe una regla de carácter general, que rige desde la época de los antiguos romanos, que determina que *no se debe ocasionar daño a los demás*; ella regula del modo más justo posible la vida en común de los hombres; aquel que la quebranta tiene la obligación de resarcir.

Todas las sociedades, en todos los tiempos, han buscado mecanismos idóneos que permitan reparar los daños; a la responsabilidad extracontractual le interesa únicamente los daños causados por otra persona; su razón de ser es la solución de los problemas generados a través del daño; determina quién debe sobrellevarlo, qué patrimonio deberá asumir sus consecuencias. Así,

“[...] la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual entendida como institución, es la de fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social, cuando, entre causante y víctima, se hace abstracción de cualquier otra relación que no sea la generada por el llamado deber de *neminem laedere*, cuyos polos subjetivos están indeterminados, porque el deber que constituye su contenido, al igual que grava a todos los ciudadanos, está concebido a favor de la protección de todos los intereses jurídicamente protegidos de cualquier ciudadano.”¹

¹ Peña López, José María, “La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español de derecho de daños” en Peña, José (director), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p.16.

Cuando se infringe el deber genérico de respetar un interés protegido por el ordenamiento jurídico y se ocasiona daño, entra en juego la responsabilidad extracontractual, cuyo fin es solucionar los conflictos entre los individuos, por medio de la reparación; transfiriere los resultados del daño desde aquel que lo sufrió hasta aquel que lo ocasionó, para que este último en calidad de responsable los asuma; posibilitando recobrar la igualdad, y que el perjudicado recupere lo que injustamente se le ha quitado.

I.2 A manera de definición

Cuando alguien ocasiona daño a sus pertenencias o a su propia persona, no tiene posibilidad de reclamar indemnización. Pero cuando una persona sufre un daño, causado por otro, en sus pertenencias, cuerpo o sentimientos, surge un problema que tiene que resolverlo la responsabilidad extracontractual. *“Una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde de ese daño.”*²

Se considera civilmente responsable a quien cuya acción u omisión, ha sido la causa del daño que otro lo padece. Aquel que ocasionó un daño, tiene que responder por él, es decir que se encuentra sometido a responsabilidad³. La responsabilidad extracontractual obliga a resarcir el daño injustamente sufrido; impide que el afectado siga soportando los efectos del daño, por ende, su función es esencialmente resarcitoria o compensatoria.

Así, “La responsabilidad civil es la obligación de responder ante la justicia por

² Mazeaud, Henri et al., *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969, p.7.

³ De Ángel Yagüez, Ricardo, “La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación” en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, T.I, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 2008, p.14.

un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima.”⁴

La responsabilidad extracontractual está al servicio de quien fue afectado por un daño, posibilitándole la reparación o compensación. Cuando alguien sufre un daño injustificado, le corresponde a esta institución encargarse de que sus consecuencias económicas sean trasladadas a aquel que lo ocasionó, restableciendo el equilibrio patrimonial o moral menoscabado; liberando a quien sufrió la lesión con el daño que se le causó.

I.3 La responsabilidad extracontractual a través de la historia

Los hombres, en las diversas épocas de la historia, frente al problema de los daños que unos producen a otros, reaccionan y encuentran variadas respuestas. En un principio el conflicto se resolvió fuera del ámbito del derecho⁵.

En tiempos primitivos prevalecían las reacciones instintivas frente al mal padecido; las razones carecían de importancia. El que había sido afectado por un daño, encontraba su respuesta en la venganza.

En la etapa de la venganza privada, la responsabilidad era netamente objetiva⁶, el que había sido perjudicado con un daño, no se detenía a indagar sus causas, no acudía a la autoridad exigiendo justicia, consideraba que la solución estaba en su propia venganza o en la de su clan, venganza a veces ilimitada y que a los ojos de la mayoría resultaba legítima.

⁴ Le Tourneau, Philippe, *La responsabilidad civil*, Bogotá, LEGIS, 2004, p 21.

⁵ Así lo explican Mazeaud, Henri et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p.36, N 19.

⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T.I, Santiago de Chile, EDIAR editores LTDA., 1983, p. 99, N 59.

Un significativo adelanto representó la Ley del Tali3n: *ojo por ojo diente por diente*, la cual pretendía establecer una equivalencia entre el da3o recibido y el que se ocasionaba; es cierto que continuaba la venganza, pero circunscrita a sus resultados. Claro que lo que consigui3o dicha norma durante todo este per3odo fue duplicar los males; era una soluci3n falsa que nada resolv3a, un mecanismo injusto que aparentaba ser justo.

Como la venganza privada llevaba en su seno grandes errores, la v3ctima en lugar de vengarse en la persona que le infligi3 perjuicio, considera que le resulta mejor aceptar una *compositio*; as3, surgen las *composiciones voluntarias*, las cuales permitieron compensar en dinero o en especie el menoscabo sufrido; la cantidad convenida por las partes viene a ser la ofrenda que posibilitaba obtener el perd3n y librarse de la venganza del ofendido, porque de no haber acuerdo, se continuaba aplicando la Ley del Tali3n⁷.

Luego se generaliz3 la utilizaci3n de esta ofrenda, y cuando la autoridad estuvo segura de su fortaleza la hizo obligatoria; surgieron entonces las *composiciones legales*, en donde interviene el Estado, el cual se3ala con antelaci3n la cuant3a de la indemnizaci3n⁸.

El Estado al constatar que determinados delitos contra las personas alteran la paz p3blica, se atribuye la potestad 3nica de castigarlos en calidad de representante de la sociedad, sustituyendo en esta tarea a los particulares. Sanciona primero a quienes cometen las infracciones m3s peligrosas, como asesinato y robo, despu3s engloba a un n3mero mayor de delitos; el derecho a castigar de los particulares es reemplazado por la pena p3blica, aplicada por el Estado. A partir de este instante los delitos se dividen en p3blicos y privados,

⁷ Ib3dem p.100, N: 60; Mazeaud, Henri, et al., *Tratado te3rico y pr3ctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, cit., p.36, N 19.

⁸ Mazeaud, Henri, et al., *Tratado te3rico y pr3ctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, cit., p.36, N 19.

y la responsabilidad penal, que por mucho tiempo se mantuvo confundida con la responsabilidad civil, se escinde de ella⁹.

El derecho romano diferenció a los daños emanados de un delito público y los derivados de un delito privado. El primero lacera el orden social, y se sanciona con una pena pública¹⁰.

El delito privado produce daño a la persona o bienes individuales, es calificado como una ofensa personal y genera una manifestación particular. Así, la Ley de las XII tablas simbolizó para estos delitos un interludio entre las composiciones voluntaria y legal. El afectado con un delito privado tiene la posibilidad de ejercer la venganza corporal o de pactar una suma de dinero, en otros casos está obligado a recibir una cantidad fijada por la autoridad¹¹.

Lentamente, el derecho pretoriano extinguió el mecanismo de la venganza y el de las composiciones voluntarias, sustituyéndolos por el de las composiciones obligatorias¹².

En el Imperio, ya que innumerables delitos privados creaban enormes alteraciones al orden público y con frecuencia permanecían sin solución, debido a la insolvencia de su autor, se le otorgó a la víctima una acción denominada *crimen*, la que le facultaba conseguir del juez la fijación de una pena pública, manteniéndose la acción para pedir la *poena* fijada al delito. La

⁹ Ibídem, p.37, N: 20; Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T. I., cit., p.101, N:62

¹⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T. I., cit., pp. 101, 102, N 63.

¹¹ Ibídem p. 102, N: 63; Mazeaud, Henry, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., T. I, pp.38, 39, N 21.

¹² Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T. I., cit., p.102, N: 63.

víctima contó entonces con dos acciones a su favor: la acción para obtener la composición pecuniaria y la acción de crimen para conseguir la obtención de una pena pública; el ejercicio de la una impide el ejercicio de la otra¹³.

Se ha señalado que los romanos no contaron con un principio general de responsabilidad civil, y que se concretaron a establecer indemnizaciones a determinados casos¹⁴. La *Ley Aquilia* no se limitó a contribuir con otras clases de daños indemnizables, sino que transformó las disposiciones del Derecho Romano, unificando las normas vigentes hasta ese entonces¹⁵.

Esta Ley contenía tres capítulos. El capítulo primero hacía referencia al daño ocasionado por un individuo al matar a un esclavo o a un animal doméstico provechoso para el hombre; el capítulo segundo se refería a cosas incorporales, y mencionaba el caso del daño ocasionado al acreedor por parte del *adstipulador* que remitía la deuda fraudulentamente; el capítulo tercero significó un complemento de los dos anteriores, éstos contemplaban la pérdida integral de determinadas cosas; el tercer capítulo alude al deterioro de las cosas señaladas en el capítulo primero, y la destrucción o detrimento de cualquier objeto material; este capítulo se destina principalmente a las heridas ocasionadas a los esclavos y a las bestias que viven en rebaño, y a los daños parciales o totales surgidos de incendios, destrozos, etc.¹⁶.

¹³ Ibídem, pp. 102, 103, N: 63.

¹⁴ Mazeaud, Henri, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, T. I., cit., p.39, N: 22; Mazeaud, Henri, et al., *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, volumen segundo, cit., p.3.

¹⁵ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, editorial TEMIS librería, 1981, p.102, N 59.

¹⁶ Ibídem, pp.102, 103, N 59; Velásquez Posada, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, editorial TEMIS S.A., 2009, pp. 169, 170, 171; Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, T. I, cit., p. 103, N 64; Mazeaud, Henri, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, cit., p.40, N 23; Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, CIVITAS, 2000, pp. 65, 66.

Para la aplicación de la *ley Aquilia* era indispensable: a) que el daño haya mermado la fortuna del afectado; b) que el daño haya sido ocasionado *corpore corpori datum*, esto es, a través del contacto directo del agente con la cosa (*corpore*), y directamente sobre la cosa ajena (*corpori*), produciendo la acción del hombre su destrucción o deterioro; c) Que quien ocasionó el mal haya actuado sin Derecho (*iniuria*), es decir que su conducta carezca de justificación jurídica; d) Que el daño afecte al dueño de la cosa¹⁷.

El derecho justiniano transformó el régimen de la *ley Aquilia* de la siguiente manera:

A) Amplió el ámbito de los presupuestos objetivos de la acción. En el sistema inicial el *damnum iniuria datum* fue imaginado dentro de un contexto materialista, exigiéndose en el caso del capítulo tercero que: la muerte, destrucción, lesión material de una cosa ajena, sea ocasionada *corpore corpori*. La jurisprudencia clásica aceptó que esta ley comprendía al daño ocasionado *corpore datum*, así no sea *corpore*. Se aceptó que estaban dentro del ámbito de esta ley los casos de daño producido sin el contacto directo del agente sobre el bien. Pero los jurisconsultos justinianos con un criterio más amplio, introdujeron dentro de la órbita de la *ley Aquilia* asuntos de daños cometidos no *corpore* y no *corpori datum*¹⁸.

B) Cambió el presupuesto subjetivo. En un principio, la culpa para la *ley Aquilia* no merecía consideración alguna; cuando se amplió el espacio de los presupuestos objetivos de la acción, se volvió necesario circunscribirlo dentro de ciertos límites, condicionados por el factor subjetivo; la *Ley Aquilia* fundada en el uso legítimo del propio derecho eximía de responsabilidad a quien mató o

¹⁷ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., pp.104, 105, 106, 107, N: 60.

¹⁸ *Ibíd*em, pp. 108, 109, N: 62.

hirió en defensa propia, siempre y cuando el autor del perjuicio no se hubiere extralimitado en el uso de su derecho¹⁹.

C) Sistema de la acción. A inicios, únicamente se confería la acción al dueño *jure civile* de la cosa dañada, posteriormente se amplió el contorno de las personas protegidas por la acción, favoreciendo a través de ella a peregrinos y a los que tenían sobre la cosa un derecho real cualquiera, como usuarios, usufructuarios, simples poseedores, tenedores de la cosa a título de arrendamiento²⁰.

De lo anterior se colige que los romanos no concibieron a la reparación de daños tal como hoy la hacemos, si bien la idea fue de a poco ampliándose, no se asemeja a la que actualmente prevalece; ellos no formularon un principio general similar al artículo 1382 del Código francés²¹, ni al artículo 2214 del Código Civil ecuatoriano que señala: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización [...]”. El Derecho romano fue netamente casuístico²²; la composición o *poena* que pagaba el ofensor al ofendido significaba una pena privada, más no una indemnización al menoscabo ocasionado; la acción para solicitarla era penal, de tal manera que no era factible requerirse de los herederos del delincuente, pues ésta era personal²³; en principio, le otorgaron poca importancia al elemento intencional del delito, ya que solamente consideraban el resultado material del daño; a fines de la República los jurisconsultos se dieron cuenta de su importancia, y estimaron que se debía tomar en consideración la culpa o el dolo del autor del

¹⁹ Ibídem, pp.109, 110, N: 62.

²⁰ Ibídem, pp.110, 111, N: 62

²¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T. I, cit., p. 106, N 66.

²² Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, T.I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p.18; Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, cit., p.106, N: 66.

²³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, cit., p.106, N: 66.

daño²⁴. Los romanos no lograron diferenciar íntegramente la pena de la reparación, es decir a la responsabilidad civil de la penal²⁵, tal como actualmente se lo hace.

En Italia y en otros países europeos se conocieron con el nombre de *derecho común*, al cúmulo de reglas, corrientes jurídicas, elaboradas por los juristas que vivieron entre el siglo XIV y la Codificación. Este período, denominado también intermedio, estuvo influenciado principalmente por el Derecho Romano y en menor medida por el derecho germánico, canónico, estatutario y por la legislación de los Príncipes²⁶.

El desarrollo de los conceptos jurídicos en el Derecho Intermedio, produjo en la *Ley Aquilia*, la supresión de su carácter penal por una parte, desaparejando a la responsabilidad civil de la penal; por otra, en lugar de convertir a la *Actio Legis Aquilia* en una variedad de las acciones *ex delicto*, se la convierte en trascendental *actio ex delicto*, siendo el eje fundamental de la ciencia y la práctica, a tal punto que su aplicación se torna habitual, llegando al extremo de ampliar su interpretación a casos como el del daño moral por muerte de un hombre libre, o la responsabilidad por el hecho del dependiente libre, los cuales no englobaba el Derecho Justiniano; a pesar de lo cual no se desliga de la tradición romanista, conservándose la casuística²⁷.

²⁴ Ibídem, p.107, N: 66; Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p.112, N: 63; Mazeaud, Henri, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I, cit., pp. 42, 43, N 27.

²⁵ Viney, Genevieve, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence , París, 1982, p.5, N: 6, citado por Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, T. I., cit., p.20.

²⁶ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, cit., pp.113, 114, N: 64.

²⁷ Ibídem, p.120, N: 67.

La Escuela del Derecho Natural le dotó a la responsabilidad extracontractual de una nueva fundamentación y proporción dogmática; estableció que el hecho ilícito producía la obligación de indemnizar el daño ocasionado²⁸.

En la segunda mitad del siglo XVIII se inició un movimiento de codificación, que se concretó en tres Códigos: el prusiano, austríaco y el francés, resultando este último la mejor expresión de la codificación.

I.4 Los sistemas de responsabilidad

La responsabilidad extracontractual moderna constriñe a reparar los daños a aquel que los ocasionó; pero nos preguntamos, ¿qué razón o motivo determina el surgimiento de la obligación de indemnizar los daños injustamente ocasionados?

Tradicionalmente se ha considerado que el autor del daño debe responder porque ha actuado con culpa, este razonamiento está concebido como un reproche: en definitiva, quien ha actuado mal tiene la obligación de indemnizar; por el contrario, no lo está quien ha actuado correctamente.

O también podemos decir que se debe responder por el solo hecho de haberse ocasionado daño, sin considerar si se tuvo o no culpa en su producción.

I.4.1 La responsabilidad por culpa

Fernando de Trazegnies, en el prólogo al libro *Estudios sobre la*

²⁸ Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, cit., p.76.

Responsabilidad Civil, señala que la culpa por un largo período fue considerada como el único fundamento de la responsabilidad extracontractual. Que posiblemente este fundamento subjetivista no tuvo su origen en Roma, sino en las doctrinas teológico-jurídicas de la Edad Media. Que la reparación de los daños desde la óptica teológica estuvo marcada por una necesidad de sanción. Que se sancionaba el pecado; pecado e injusticia se confundían, se estimó que toda injusticia era pecado; el catolicismo consideró que para que se configure el pecado era indispensable que haya conciencia en el pecador y una falta que genere la culpa. *Iniuria* es igual a ausencia de derecho; el derecho medieval exigió no solo la *iniuria* o daño sino que se pruebe la culpa para indemnizar²⁹.

La teoría de la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, fruto de la concepción liberal del período en el cual emergió la responsabilidad extracontractual moderna, considera que las consecuencias económicas del daño deben transponerse a aquel que actuó con dolo, con imprudencia o descuido³⁰, es decir, al que obró mal.

Esta teoría señala que la responsabilidad está completamente adherida a la culpa; sostiene que no es suficiente que un individuo sufra un daño, ya que para que su autor quede obligado a repararlo es indispensable que haya actuado con dolo o culpa; de las acciones humanas y de sus consecuencias debe responder el hombre, es por ello que la culpa determina que estamos ante un acto humano, si ella no aparece la actuación del hombre y sus consecuencias dañinas vienen a parecerse a las producidas por la naturaleza o por un animal, las cuales tienen que ser asumidas por quien las padece³¹. La conducta irreprochable exime a su autor de la obligación de reparar el daño ocasionado.

²⁹ Alpa, Guido, et al., *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Lima, ARA Editores, 2001, p.7

³⁰ De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T. I, Santa Fe de Bogotá, Editorial TEMIS S.A., 1999, p.14.

³¹ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, cit., pp.132, 133, N: 75.

El Código Civil ecuatoriano es fiel seguidor de la teoría de la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva³², porque consagra la fórmula: responsabilidad igual a culpabilidad. El artículo 2214 impone la obligación de indemnizar al que ha cometido un delito o cuasidelito que ha ocasionado daño a otro. Para declarar a alguien responsable es indispensable que sea capaz y que su actuación sea calificada de libre, es decir, que esté bajo su control, es por ello que el artículo 2219 declara incapaces de delito o cuasidelito a los dementes y a los menores de siete años, incluidos los mayores de esta edad y menores de diez y seis años, si el juez considera que actuaron sin discernimiento; ellos no poseen la voluntad indispensable para ser autores de dolo o culpa.

Por regla general, únicamente se debe responder de los propios delitos o cuasidelitos, por excepción se responde de los hechos ilícitos ajenos, ocasionados por quienes están a cargo, cuidado o dependencia del civilmente responsable. Quien tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que ocasiona daño, no responde del hecho de ésta, sino de su propio hecho, que consiste en la falta de vigilancia que respecto de ella tenía que ejercer³³. Nuestro Código Civil, en los artículos 2220, 2221, 2222 responsabiliza de los hechos ilícitos a aquel que tiene a otro a su cargo, cuidado o dependencia. Asimismo, en los artículos 2223, 2226, establece que somos responsables de los daños ocasionados por las cosas de nuestra propiedad o de las cuales nos servimos; el propietario o quien se sirve de una cosa tiene que vigilarla y conservarla en buen estado para que no ocasione daño, si éste se produce es

³² La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que: "La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias." Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala única de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra Petroecuador y otros*. Gaceta judicial serie XVII, N 10, p. 3024.

³³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T.II, cit., p.306, N 213.

porque no se utilizó el cuidado o vigilancia debidos. En el artículo 2227 se señala que el hecho de tener en un predio un animal fiero, de que no se reporte utilidad para la guarda o servicio del predio, constituye culpa de por sí. En el artículo 2228 se establece la responsabilidad por el hecho de una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio; el fundamento de esta responsabilidad es el dolo o culpa en que se presume incurrieron los habitantes de la parte de donde cayó o se arrojó la cosa. En el artículo 2229, se habla del daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona.

Para la víctima, que busca la reparación del daño, la responsabilidad subjetiva constituye un cúmulo de trabas, que complican su anhelo. Ella, a más de probar que sufrió un daño, tiene que demostrar que el presunto responsable actuó con dolo o culpa. Lo ideal sería que la prueba del daño sea suficiente, posibilitándole al afectado exonerarse de la obligación de probar el comportamiento doloso o culpable del agente. Se tiene que presumir responsable al que ocasionó daño.

En la concepción pura de la teoría de la culpa, el lesionado lograba la reparación del daño siempre y cuando probara el dolo o la culpa del autor; caso contrario tenía que padecer todas las consecuencias del daño.

Como la prueba de la culpa resultaba casi en su totalidad difícil y a ratos imposible de originar, se implantaron las *presunciones de culpa*, que permitieron alterar la carga de la prueba, así como exonerar a la víctima de debatir la circunstancia de culpabilidad, sin importar que el demandado demostrara que su actuación correspondió a la de un buen padre de familia. Debido a que el sistema de presunciones poseía un alcance restringido, por utilidad práctica, la jurisprudencia empezó a mirar presunciones absolutas en el inciso primero del artículo 1384 del Código Civil francés, relacionado con la responsabilidad por el hecho ajeno o de las cosas, y en el artículo 1385 del mismo Código, relacionado con la responsabilidad por el daño ocasionado por

los animales; esta interpretación obedeció a la necesidad que tenían los tribunales de ampliar el ámbito de la responsabilidad para abarcar la obligación de indemnizar los daños surgidos a raíz del desarrollo marcado por la tecnología científica, especialmente por el transporte automotriz³⁴.

Para agrandar el espacio de la responsabilidad, se adecuó también la culpa a los nuevos requerimientos de la responsabilidad en lo atinente a los accidentes de trabajo. El artículo 1382 del Código Civil francés exigía al obrero que había sufrido un daño, probar la culpa de su patrón. Este requerimiento se adecuaba en cierto modo a las exigencias de una sociedad escasamente desarrollada en el campo industrial; pero el extraordinario progreso industrial cambió el enfoque del problema; así, a medida que se incrementó la industrialización, aumentó la probabilidad de los accidentes, resultándole al trabajador complejo y hasta imposible probar la culpa de su patrón. Para remediar el problema de los accidentes de trabajo nació la inclinación a ensanchar el ámbito de la responsabilidad contractual al ámbito de la responsabilidad extracontractual, la cual no alcanzó un resultado feliz, siendo desechada en un inicio por la doctrina y la jurisprudencia; pero lo que sí permitió fue la consolidación del concepto de la obligación de implementar medidas de seguridad³⁵.

Además, con el fin de adecuar el pensamiento ancestral de la culpa a las necesidades de la sociedad, se procedió a perfeccionar la idea de la culpa a través de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria; de esta manera la jurisprudencia creó nuevos tipos de culpa; descubrió imprudencias en arcaicas actuaciones reputadas como acuciosas y morales; asimismo la doctrina localizó culpas donde anteriormente se consideraba que había comportamientos irreprochables³⁶.

³⁴ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 139, 140, N 77.

³⁵ *Ibíd*em, pp. 141, 142, 143, N 77.

³⁶ *Ibíd*em, p.143, N 77.

La teoría de la culpa fue acogida por las concepciones jurídicas romanistas y por el derecho anglosajón. El *common law* esgrimió el principio de no hay responsabilidad sin culpa (*no liability without fault*)³⁷.

I.4.2 La responsabilidad objetiva

El desarrollo industrial acrecentó el número de accidentes ocasionados por el funcionamiento de las máquinas; como se dijo, muchos obreros los sufrían en razón de su trabajo y quedaban desposeídos de su resarcimiento, o surgían daños que no eran fruto de la culpa del agente; frente a esta situación se razonó si era conveniente impedir la actividad que ocasionaba daños, o si se debía optar por indemnizarlos. Al no haberse prohibido dicha actividad, el problema giró alrededor de la siguiente interrogante: ¿quién debía soportar el daño? Además, el hombre renunció definitivamente a sobrellevar los daños con resignación y emprendió una búsqueda de los mecanismos que le permitan repararlos.

Las teorías objetivas fueron expuestas en 1888 en Alemania, por Mataja, en 1894 en Italia, por Orlando; pero en 1897 Saleilles y Josserand, en Francia, expusieron el tema de tal manera que lo convirtieron en el centro de atención³⁸.

Saleilles consideró que la idea subjetiva de culpa, reputada ya para ese entonces demasiado restringida para los accidentes de trabajo, no era suficiente en un ámbito general. Sostuvo que cuando la voluntad culpable

³⁷ De Ángel Yagüez, Ricardo, "Fundamento de la responsabilidad civil" en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, T.I., cit., p.127. De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p.54.

³⁸ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 146, 147, N 81.

condicionaba el surgimiento de la responsabilidad civil, incrustaba un concepto penal de punición en espacios donde ninguna cosa tenía que hacer; el derecho civil ante los daños se preocupa por establecer quién debe sobrellevar sus consecuencias económicas. La teoría del riesgo profesional, estructurada para responder ante los accidentes de trabajo, resultaba ser un fragmento de una realidad general que tenía que ser abordada en su totalidad. Toda actividad produce riesgos; la responsabilidad civil tiene que ser la encargada de repartir tales riesgos. Desde la óptica de la teoría de la culpa, esos riesgos tenían que ser asumidos por el causante únicamente cuando se le probaba haber procedido con culpa, de conformidad con lo establecido en el artículo 1382 del Código de Napoleón. Saleilles sostuvo que no es esta idea, la que esgrimen los antecedentes del Código napoleónico y que además no debía ser conservada. Señaló que era indispensable hacer concordar la teoría con los hechos, aceptando la responsabilidad como resultado de haber establecido un riesgo, aquel que produce un riesgo invariablemente tiene que responder de sus efectos. Si se anhelaba continuar mencionando a la culpa, y Saleilles no se resistió en un primer instante a esto, era indispensable interpretarla desde una nueva óptica, diferente a la habitual, es por ello que señaló que incurría en culpa aquel que generaba un riesgo, que la culpa no tenía que ser considerada en relación al daño, sino a la conducta del que la puso en práctica³⁹.

Josserand encontró un principio nuevo, el de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, el cual se había mantenido ignorado en el Código Civil napoleónico. Consideró que del inciso primero del artículo 1384 del Código Civil francés, que enunciaba: "...por el hecho...de las cosas que tienen bajo su guarda" se desgajaba un axioma general de responsabilidad por el hecho de las cosas, y que los artículos 1385 y 1386 del mencionado código intentaban acomodar tal principio a los daños ocasionados por animales o por inmuebles, ampliándolo para el primero y limitándolo para el segundo. Josserand

³⁹ Ibídem, pp. 147, 148, N 81.

estableció que cuando una cosa (excepto los animales o inmuebles) había participado en la creación de un daño, se debía aplicar el artículo 1384 del Código Civil francés, y que el lesionado para obtener la indemnización respectiva, no debía probar la culpa del ofensor; este tema quedaba fuera del alcance del artículo 1382 del Código antes referido, ya que correspondería a la responsabilidad del guardián de una cosa, responsabilidad que nace cuando el afectado prueba la relación de causa a efecto entre el hecho de aquella cosa y el daño que gracias a ella se generó⁴⁰.

Josserand concluyó que era falso sustentar que el Código Civil napoleónico únicamente concebía la responsabilidad alrededor de la culpa, ya que él contenía un principio de responsabilidad objetiva⁴¹.

Las teorías objetivas ansiaron cimentar un sistema de responsabilidad civil apartado de la concepción de la culpa.

Inicialmente se intentó desalojar la idea de la culpa, sin pretender suplantarla con otra. Michel consideró que a la evolución de la noción de responsabilidad le faltaba un fin por cumplir, la eliminación del concepto de culpa; refiriéndose a la presunción de culpa del artículo 1384 del Código Civil francés, consideró que era indispensable alejarse de la teoría ancestral por difusa, inconstante e incomprensible, y exponer que al individuo lo responsabiliza no su culpa, pero sí su hecho, para que la víctima de un delito civil sea resarcida sólo le basta probar la relación de causalidad entre el hecho del agente y el daño que le afligía. Esta idea no alcanzó el éxito deseado, su extensión estableció su ruina⁴².

⁴⁰ Ibídem, p. 148, N 81.

⁴¹ Ibídem, pp. 148, 149 N 81.

⁴² Ibídem, p. 156, N 84.

La teoría del *riesgo- provecho*, o del *riesgo-beneficio* fue pensada para atender a un caso concreto, la responsabilidad del patrón por accidentes de trabajo; se estimó que el daño ocasionado tenía que ser resarcido incluso cuando no participara la culpa. Se estipuló que era razonable que quien ponía en funcionamiento una empresa para obtener réditos, indemnizara a aquellas personas que sin perseguir las mismas metas resultaban afectadas por accidentes provenientes de la actividad de la empresa⁴³.

Esta teoría que debía ser aplicada dentro de un espacio delimitado, estaba circunscrita a la actividad que engendraba riesgos y que le reportara beneficios económicos a su dueño; solamente tenía validez para el caso de que los daños se derivasen de una actividad provechosa, relacionada con la labor empresarial; exigía un enlace entre provecho y riesgo⁴⁴. Luego rebasó su ámbito restringido inicial, y varios de sus seguidores la aplicaron a toda situación en que una persona causaba daño ejecutando cualquier actividad que le deparara beneficios; esta teoría aplicada en sentido extenso generaba inconvenientes, se asemejaba enormemente a la teoría ancestral de la responsabilidad objetiva que fue defendida por Michel⁴⁵.

Para rebasar el ámbito restringido de la teoría del *riesgo-beneficio*, diferentes seguidores de la teoría de la responsabilidad objetiva crearon la tesis del *riesgo-creado*, que establecía que se debía responder por los daños surgidos de cualquier actividad que reportara ventajas (no solamente económicas), y que creara riesgos a los semejantes⁴⁶.

⁴³ Ibídem, p. 156, N: 84.

⁴⁴ Reglero Campos, Fernando, "Los sistemas de responsabilidad civil", en Reglero Campos, Fernando, (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, ARANZADI, 2006, pp. 222, 223.

⁴⁵ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 156, N: 84.

⁴⁶ Ibídem, pp. 157,158, N 84.

Esta doctrina puede tener mayor alcance respecto de determinadas actividades; pero no explicaría apropiadamente la responsabilidad objetiva en los accidentes habituales, donde el autor del daño y el lesionado se han situado en posición de riesgo para su beneficio⁴⁷. Con razón se ha señalado que esta teoría no tiene que aplicarse a todas las actividades de la vida, sino limitadamente, es decir, estrictamente a aquellas que signifiquen en comparación con los modelos medios unos riesgos extraordinariamente anómalos.

I.4.3 Las teorías eclécticas

Consideraron que la responsabilidad no posee un solo fundamento, por ello reconocieron el papel desempeñado por la culpa en el sistema de la responsabilidad civil, y al mismo tiempo patrocinaron los principios de la teoría del riesgo.

Bettremieux acopló los principios de la culpa y el riesgo para instituir la responsabilidad civil; estimó que la culpa constituía el fundamento general de la responsabilidad civil, exceptuando dos casos en los que se debía aplicar los principios de la teoría del riesgo, el primero se presentaba cuando el hecho dañoso era anormal, y el segundo cuando el hecho dañoso, a pesar de ser normal, integraba la agrupación de sucesos que encajaban en la teoría del riesgo- beneficio⁴⁸.

Demogue intentó hacer coincidir los principios del riesgo y de la culpa, sostuvo que la teoría del riesgo era pertinente cuando el autor del daño utilizaba un medio peligroso; cuando se empleaban medios que significaban peligro para

⁴⁷ De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T.I, cit., p.19.

⁴⁸ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 160, N 86.

los semejantes, la responsabilidad se reducía independientemente del concepto de culpa⁴⁹.

Josserand aseveró que la responsabilidad civil se desarrollaba en medio de dos extremos, necesarios para establecer su noción: la culpa y el riesgo. Que no se podía omitir la teoría del riesgo, ya que a través de ella se explicaban innumerables aspectos de la institución, verbigracia, lo referente a la responsabilidad del patrón por los accidentes laborales. Ni que se podía omitir la idea de culpa, ya que ella servía para dar a conocer ciertos contextos del derecho contemporáneo, como el abuso del derecho⁵⁰.

A partir de la teoría ecléctica de Josserand, Savatier procuró fusionar un sistema mixto, libre de toda murmuración. En tal sentido aceptó que la culpa y el riesgo creado eran los fundamentos de la responsabilidad civil; pero no les otorgó una característica idéntica, como Josserand, sino que a cada uno le confirió un rango, otorgándole el primer puesto a la culpa, y constituyendo al riesgo-creado como idea secundaria, accesorio de ella. Savatier estableció que por regla general, la reparación del daño tenía que exigírsele al autor de culpa, pero que cuando ésta no se podía probar, y la equidad reclamaba para el lesionado un resarcimiento, era menester darle paso a la noción del riesgo⁵¹.

Las teorías eclécticas trataron de hacer coincidir teorías opuestas, recibieron las críticas vertidas contra la teoría tradicional de la culpa y contra la teoría de la responsabilidad objetiva.

⁴⁹ Ibídem, p. 160, N: 86.

⁵⁰ Ibídem, pp. 160, 161, N 86.

⁵¹ Ibídem, pp.161, 162, N 86.

Stark fue el autor de la teoría de la garantía, intentó hacerla desempeñar en el derecho civil un doble papel, de elemento reparador y penal. Como elemento reparador, la teoría de la garantía pretendió resarcir todo daño excluyendo la culpa; como elemento penal, esta teoría consideró a la culpa como un nuevo componente para agravar el estado de aquel que ilícitamente ocasionaba daño pudiendo evitarlo. Bajo este criterio, a la culpa le correspondía cumplir un papel trascendental desempeñando una función penal⁵².

Stark estableció que la teoría de la culpa como la del riesgo poseían una misma característica, la cual resultaba ser al mismo tiempo su imperfección y restricción: eran subjetivas, porque abordaban la responsabilidad por daños desde la posición de quien los había ocasionado, cuando lo que se debía hacer era enfocarla desde la óptica del lesionado por el daño. El daño genera un problema que importa primero a quien lo sufrió. Esta teoría se asemeja a la del procurador general Leclerq, el cual estimaba que todo hecho ilícito era una culpa, y que ello obligaba a su indemnización; Stark omitió el término culpa y señaló que todo hecho ilícito (constituya o no falta) obliga a la indemnización de los daños ocasionados⁵³.

⁵² Ibídem, p. 163, N 87.

⁵³ Ibídem, pp. 164- 165, N: 87.

Capítulo II

El daño

II.1 Aproximación a una definición

Daño es sinónimo de detrimento, menoscabo, dolor o molestia que afecta a alguien⁵⁴. El ser humano, en sus relaciones con los demás, constantemente está expuesto a dañar o a ser dañado; el daño está presente a toda hora y en todo lugar, es en cierta forma el pan de cada día; todos anhelamos estar fuera de su alcance perjudicial, a la vez que intentamos no ocasionarlo o causarlo lo menos posible⁵⁵.

Maita Naveira Zapata señala al respecto: “En el lenguaje común hablamos de daño- o de su sinónimo perjuicio- para referirnos a todo tipo de consecuencia nociva o perjudicial que afecta a las personas o a las cosas, ya tenga su origen en una conducta humana, en un comportamiento animal o en un fenómeno de la naturaleza.”⁵⁶

El daño engendra e instiga a la responsabilidad extracontractual; genera el deber de responder y condiciona su alcance.

Varias teorías conceptúan al daño desde ópticas diferentes, verbigracia: la teoría de la diferencia, la del daño concreto, la del daño normativo.

⁵⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T. I, cit., p. 210, N 138; Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, editorial JURÍDICA de Chile, 2006, p. 221.

⁵⁵ Henao, Juan Carlos, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 27,28.

⁵⁶ Naveira Zarra, Maita, “El evento dañoso”, en Peña López, José María (director), *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 41.

La *teoría de la diferencia*, la primera que apareció fue la *differentztheorie*, la misma que estableció que el daño afecta al patrimonio de las personas, reputado en abstracto como un conjunto de valores, y que su dimensión se aprecia comparando el estado anterior de ese patrimonio con el estado posterior al daño⁵⁷. Debido a que la comparación conllevaba dificultades, la doctrina alemana e italiana, cuyos tribunales la admitieron con mayor ánimo, le reprocharon ser demasiado abstracta y haber enjaulado al daño dentro del campo patrimonial; además contradice la realidad, ya que el daño puede recaer en la persona⁵⁸.

La *teoría del daño concreto*, fue elaborada por Walsmann, surge opuesta a la teoría anterior, señala que el daño patrimonial es el perjuicio concreto que afecta a las personas en su patrimonio, y que implica la pérdida o disminución de ciertos bienes patrimoniales; que la apreciación del daño posee la ventaja de ser concreta y un poco estándar, que se la realiza considerando el precio que representa el bien dañado para cualquier poseedor del mismo. Esta teoría no ha resuelto los problemas que pueden darse fuera del ámbito patrimonial⁵⁹.

La *teoría del daño normativo*, nació en Alemania y fue adoptada por los italianos, tenía como propósito superar la valoración del daño a través de la comparación diferencial y la compensación patrimonial ensayada por la teoría de la diferencia. También pretendió vencer el obstáculo de las dos teorías anteriores respecto al daño no patrimonial. Consideró que el daño debe cumplir con algunos requisitos previamente establecidos en la norma,

⁵⁷ Vicente Domingo, Elena, "El daño", en Reglero Campos, Fernando (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, ARANZADI, 2006, p. 256; Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil II (Derecho de obligaciones)*, V.II, Madrid, Dykinson, 2002, p. 460; Díez- Picazo, Luis, *Derecho de daños*, cit., p. 309.

⁵⁸ Vicente Domingo, Elena, "El daño", en Reglero Campos, Fernando (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 256.

⁵⁹ *Ibíd*em, p. 256.

determinados en la ley, los mismos que posibilitan determinar que una lesión sea reputada como daño⁶⁰.

En el ámbito jurídico, la concepción del daño está estrechamente vinculada con la de resarcimiento; frente al daño el ordenamiento jurídico pone a disposición del perjudicado el derecho al resarcimiento⁶¹.

El hombre puede ocasionar daños a sus semejantes de variadas e innumerables maneras; actualmente llama más la atención el daño injustamente sufrido que el daño injustamente ocasionado. Pero ¿cuándo un daño es considerado injusto? Cuando quebrantamos la regla de carácter general que ordena comportarnos frente a nuestros semejantes con cuidado y consideración, ocasionando perjuicio, sin tener derecho a ello. Si alguna persona ha sido afectada con un daño sin justificación, la responsabilidad se encarga de trasplantar el peso del daño que soporta la víctima a quien lo ocasionó. Daño injusto es la lesión, menoscabo, detrimento de un interés del lesionado; considerando que el término *interés*⁶² comprende todo lo que le es útil a la víctima, el cual tiene que ser lícito.

Cesare Salvi señala con toda razón que cuando se trata de definir al daño, aquellos que no encuadran su visión dentro del marco genérico de determinación de un hecho dañino para un individuo específico, optan entre dos alternativas: a) procuran determinar la especie de efectos dañinos, considerados como sobresalientes; y, consideran que el daño es la variación negativa de una concreta situación de la víctima, económica, física o psíquica; o, b) se concretan a la antítesis entre el suceso y las normas establecidas

⁶⁰Ibídem, pp. 256, 257.

⁶¹ Salvi, Cesare, "El Daño", en *Estudios sobre la responsabilidad Civil*, Alpa, Guido, et al., traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Lima, ARA editores, 2001, p.285.

⁶² Díez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual*, Santiago de Chile, editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 25; Martínez Rave, Gilberto, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, Medellín, editorial L. Vieco y Cía. Ltda., 1984, pp. 109, 110, 111.

para la salvaguarda del interés lesionado; es por ello que reputan al daño como una lesión de un derecho o de un interés protegido⁶³.

II.2 El daño como elemento esencial de la responsabilidad extracontractual

Para que surja la responsabilidad extracontractual y por ende la obligación de reparar, debe existir, producirse, ocasionarse un daño⁶⁴; en tanto éste no se origine, nada hay que resarcir. Es por ello que el daño resulta ser su condición esencial; sin él la responsabilidad no existe; es el epicentro de esta institución. Constituye un requerimiento legal, tal como se deduce de la lectura de los artículos: 2214 del Código Civil que señala: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; [...]” y del artículo 2229 del Código Civil, que establece: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.”

Sin el daño la responsabilidad extracontractual carece de sentido, es la energía vital que pone en movimiento a todo el sistema de responsabilidad extracontractual y es la base sobre la cual se erige el deber de responder. La función primordial de la responsabilidad extracontractual es la reparadora, es por ello que su razón de ser es la reparación del daño ocasionado.

⁶³ Salvi, Cesare, “El daño”, en Estudios sobre responsabilidad civil, Alpa Guido, et al., cit., pp.285- 286.

⁶⁴ Mazeaud, Henri y Mazeaud, León, *Elementos de la responsabilidad civil*, Santiago de Chile, Editorial Parlamento Ltda., 2008, p.27; Mazeaud Henri, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, T. I, cit., p. 293, N 208; Tamayo Lombana, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, Bogotá, ediciones doctrina y ley LTDA., 2005, p. 54; Mazeaud, Henri, et al., *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda, volumen II, cit., p. 58, N 406; Henao, Juan Carlos, *El daño*, cit., pp. 36, 37; Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra- contractual en el Derecho Civil Chileno*, T. I, cit., p. 209, N 137; Martínez Rave, Gilberto, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, cit., p. 109; Vicente Domingo, Elena, “El daño”, en Reglero Campos, Fernando (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 250; Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 351, N 191; Trigo Represas, Félix y López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 393, 394; Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, editorial Jurídica de Chile, 2006, p.215.

II.3 Requisitos del daño

Para que el daño haga surgir la obligación de reparar es indispensable que sea cierto, y que no haya sido reparado.

II.3.1 Certeza del daño

El daño para ser indemnizado tiene que ser cierto⁶⁵, no simplemente eventual ni hipotético o conjetural, ya que estas cualidades demuestran que todavía no ha nacido, el simple peligro no otorga derecho a reclamar indemnización; es indispensable que exista evidentemente el menoscabo, de tal manera que el perjuicio real y efectivo que afecta a la víctima sea apreciado por el juez al instante de pronunciar su sentencia, puesto que el lesionado tiene que acreditar haberlo sufrido.

Es preciso que el responsable por sí mismo o a través de aquellas personas o cosas de las que debe responder, haya ocasionado cambios desfavorables en el mundo exterior, obteniendo como resultado la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial del afectado⁶⁶.

El daño cierto es el que efectivamente existe, esta condición se relaciona con

⁶⁵ La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que: "El daño es jurídico y, como tal, será reparable cuando sea cierto. La certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado acabadamente. Los que son hipotéticos o eventuales no son resarcibles. En materia de daños es insuficiente alegar un perjuicio en abstracto o una mera posibilidad; es necesaria la prueba del perjuicio real y efectivamente sufrido; los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente." *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala única de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra Petroecuador y otros*, cit., p. . 3024.

⁶⁶ Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, Tomo II, editorial Temis S.A, Bogotá, 1986, p.11.

su materialidad. La certeza le permite constatar al juez el perjuicio sufrido al momento de emitir su fallo, de manera que de no haberse producido el acontecimiento dañino, la situación del perjudicado sería mejor de lo que es como resultado de él⁶⁷.

Certidumbre es igual a existencia⁶⁸ (presente o futura); el daño considerado existente, tiene que traducirse en un verdadero suceso que perjudique al lesionado. La incertidumbre se presenta cuando no existen las consecuencias de un suceso, o cuando son ilógicas o aparecen como contingentes o hipotéticas.

Debe existir certeza del nexo causal entre el suceso que ocasiona la lesión y el daño mismo, puesto que podría haber certeza respecto del suceso, pero incertidumbre acerca de sus efectos; o también puede suceder que conociéndose sus efectos no se sepa cuál es su origen⁶⁹.

El daño actual no ocasiona dificultades en relación a su certeza, debido a que habiéndose producido, es verificable antes de la sentencia.

Si la cuantía del daño es incierta, indeterminada o de complicada evaluación, no quiere decir que éste deje de tener la calidad de cierto; la certeza del daño está desvinculada de su monto⁷⁰. Es suficiente con que el daño exista, no interesa mayormente que él sea pasado, presente o futuro, lo que importa es que existe, existió o existirá.

⁶⁷ Mazeaud, Henri, et al., *Elementos de la responsabilidad civil*, cit., p.30; Mazeaud, Henri y Mazeaud, León, *Elementos de la responsabilidad civil*, cit., p.30;

⁶⁸ Díez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual*, cit., pp. 54, 55; Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., p. 236; Agoglia, María Marta, *El daño jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 62,

⁶⁹ Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, Tomo II, cit., 1986, p.12.

⁷⁰ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 365, 366, N 205.

La certeza también puede estar incrustada en el daño futuro⁷¹, el cual sin estar materializado al momento de la sentencia, se puede pronosticar que ocurrirá con seguridad, es decir que se vislumbra su presencia, debido a que ya se han generado las condiciones que lo constituyen.

Posee certeza el daño futuro cuando indefectiblemente tiene que sobrevenir, cuando infaliblemente ha de suceder, ya sea como resultado de una continuación de un estado de cosas existente, o debido a que se han cumplido ciertas circunstancias que permiten determinar con certeza actual que culminarán aconteciendo. Verbigracia: una lesión inexorablemente degenerativa; si en esos casos resulta incierta la cuantía del daño, no sucede lo mismo respecto de su existencia, debido a que su realización se muestra como indudable⁷².

La pérdida de una oportunidad (frustración de *chance*) está catalogada como daño cierto, sin que ello signifique que sea propiamente la pérdida de la ventaja considerada como tal, sino que hace alusión a la pérdida de la ocasión que existía de obtenerla.

La chance es la pérdida de la posibilidad de conseguir un posible beneficio futuro, que está enmarcada dentro de las expectativas de una persona, es por ello que se indemniza la *chance* como tal⁷³. El daño se manifiesta a través del

⁷¹ La jurisprudencia ecuatoriana en relación al daño futuro ha señalado que: “[...] es el que todavía no se ha producido, pero aparece ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y las experiencias de la vida. El daño futuro solo se configura en la medida en la que aparece como consecuencia por lo menos probable, del hecho antecedente, cuando se conoce con objetividad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas.” *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala única de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra Petroecuador y otros*, cit., p. 3024.

⁷² Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T.I, cit., pp. 214, 215, N 140; Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, editorial REUS, S.A, 1993, pp. 183, 184.

⁷³ Agoglia, María Martha, *El daño jurídico*, cit., pp. 66, 67

impedimento, de la pérdida de la oportunidad de conseguir el beneficio que le brinda el azar, beneficio que resulta ser incierto. El afectado, que poseía posibilidades a favor y en contra de conseguir una ganancia, ve fracasadas, malogradas sus probabilidades de oportunidad o ganancia, debido al hecho de un tercero que le imposibilitó la intervención en la materialización de esas posibilidades⁷⁴.

Concurren simultáneamente dos factores en la pérdida de una *chance* u oportunidad: la certeza y la incertidumbre. Certeza, en el sentido de que, de no haberse suscitado el evento perjudicial, el lesionado hubiese tenido la oportunidad de conservar intacta la esperanza en el futuro, que le posibilitaría conseguir un beneficio o evitar una pérdida. Incertidumbre respecto a que la *chance* no le garantizaba a la víctima la obtención de una ganancia, ni que podría evitar el perjuicio. La *chance* lleva implícita la probabilidad de beneficiar en el futuro a un individuo que tiene a su favor la esperanza, despojarlo de ella le genera daño; la pérdida, la frustración es de la *chance*, mas no del anhelado beneficio en sí⁷⁵. La pérdida de una chance suprime la oportunidad de conseguir ganancias futuras, cuando se avizora la posibilidad razonable de lograr una ventaja. Afecta a todas las situaciones en las que la víctima pudo haber obtenido un provecho, una ganancia o un beneficio, o pudo evitar una pérdida.

Adyacente al daño futuro, pero distante de él, está el *daño eventual*; ellos son totalmente distintos, el daño futuro resulta ser una variedad del daño cierto, en cambio el significado de daño eventual se opone a la idea de certeza, porque corresponde al daño que no es cierto, esto es, al daño basado en suposiciones, sospechas y conjeturas⁷⁶; resulta demasiado incierto, como el sueño de la lechera que imagina amasar una gran fortuna con el producto que transporta al mercado.

⁷⁴ Trigo Represas, Félix, López Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. I, cit., p.466.

⁷⁵ Zannoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982, pp. 50, 51.

⁷⁶ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 367, 368, N 207.

No se ha descartado totalmente al daño eventual, ya que con el fin de impedir el daño contingente, es decir, aquel que puede ocurrir o no, se autoriza al que lo teme, siempre que sea imputable a imprudencia o negligencia de alguien, para intentar la acción respectiva, que permita hacerlo desaparecer (artículo 2236 del Código Civil, inciso 2); en efecto, esta acción es factible cuando existe amenaza de daño, esto es, cuando el perjuicio no se ha producido, lo que se pretende es impedir su realización; como en este caso el daño amenaza a personas determinadas, únicamente ellas podrán anticipar la acción preventiva. Cuando el daño contingente amenace a personas indeterminadas se otorga acción popular (artículo 2236, inciso 1 del Código Civil), cabe anotar que la acción popular es en sí misma preventiva, tiene lugar cuando existe amenaza de daño, se la tiene que interponer antes de que se ocasione el daño, y su finalidad es resguardar intereses y derechos colectivos. Esta acción puede interponerla cualquier persona, para que se suprima la amenaza del daño contingente.

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 397 establece que:

“[...] Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.”

Valga analizar brevemente esta figura. A pesar de que el ambiente se halla ubicado fuera del ser humano, él lo concibe como propio, como parte suya, como un valor propio respecto al cual carece de una relación de dominio; el ambiente sano es una condición esencial para la supervivencia y bienestar del hombre, ya que él le proporciona los elementos indispensables para lograr su

desarrollo; cualquier daño al medio ambiente de una u otra manera afecta sino a todos a una gran mayoría, es por ello que la víctima de estos daños en cierta forma somos todos.

Además de las disposiciones genéricas contempladas en el numeral 1 del artículo 397 de nuestra Constitución y del artículo 2236 del Código Civil, se establecen acciones tendientes a evitar daños contingentes específicos, como el caso del art. 976 del CC que determina:

“El que tema que la ruina de un edificio vecino le cause perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez, para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procede a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio, o se hará la reparación a su costa. [...]”

Considerando que las construcciones mal hechas o mal conservadas significan un inmenso peligro para los vecinos, el artículo anterior faculta a quien tema la ruina de un edificio vecino para interponer una acción de obra vieja o ruinosa.

El artículo 979 del Código Civil determina que: “Las disposiciones precedentes se extenderán al peligro que se tema de cualesquiera construcciones, o de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia.”

Para que proceda la acción de obra ruinosa es necesario que se cumplan con los siguientes requisitos: a) posibilidad eminente de un daño, como resultado del estado ruinoso del edificio, de cualquier construcción o de árboles mal arraigados; b) vecindad de la construcción, del árbol o del edificio ruinoso; c) gravedad del daño temido⁷⁷.

⁷⁷ Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil*, Quito, ediciones de la Universidad Católica, 1982, pp. 521, 522.

II.3.2 El daño debe ser subsistente

La expresión subsistente, alude al daño no pagado, es decir a aquel que está pendiente de resarcimiento.

No importa que el daño sea pasado, presente o futuro al momento de la demanda; pero cuando se ha pagado la indemnización correspondiente, en el campo del derecho, las consecuencias o, los efectos generados por aquél son insubsistentes, aunque realmente dicho daño siga presente, como el caso de la persona a la que se le ha amputado un brazo:

“[...] el perjuicio no será resarcible si ya ha sido reparado, bien sea porque la indemnización ha sido pagada por la persona que ha resultado jurídicamente responsable o por un tercero, tal como el caso del asegurador. Cuando la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido, y no cabe demandar de nuevo reparación. Asimismo, la víctima no puede acumular varias indemnizaciones por el mismo perjuicio”⁷⁸.

II.4 Clasificación del daño

Los daños que afectan a la víctima, que son la consecuencia de un acto generador de responsabilidad, pueden ser de diversa índole: materiales y morales⁷⁹.

⁷⁸ Así lo ha señalado la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra de Petroecuador y otros*. Cit., p.3024.

⁷⁹ Ibídem p.3024. Además la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. En el *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por Nelson Gordillo Echeverría de la Sentencia dictada por la Segunda Sala de la ex H. Corte Superior de Justicia de Ibarra, dentro del juicio ordinario que, por indemnización por daño moral le siguieron Neftalí Salvador Proaño y Teresa Tapia*. Gaceta Judicial serie XVII, N 9, p.2719: señaló que: “De acuerdo con la doctrina, consagrada por nuestro derecho positivo, los daños que puede sufrir una persona por un hecho ilícito se clasifican en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales, que no es sino la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en patrimoniales y extrapatrimoniales. Son derechos patrimoniales aquellos que poseen un

II.4.1 El daño material

Afecta al patrimonio del individuo, esto es, a los bienes y derechos de carácter patrimonial; es en definitiva el menoscabo del tener, por lo tanto puede ser tasado, valorado económicamente, tomando en consideración el precio que tiene el bien a nivel de mercado. Así lo ha señalado la jurisprudencia ecuatoriana:

“El daño material existirá siempre que se cause a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. Es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos”⁸⁰

Los daños materiales o patrimoniales recaen en los bienes que poseen carácter pecuniario, cambian la situación económica del lesionado, es por ello que el dinero resulta ser la mejor medida de valor de cambio, posibilitando reponer la utilidad pecuniaria perdida como consecuencia del perjuicio. El daño material puede presentarse como daño emergente o como lucro cesante.

II. 4.1.1 Daño emergente

Es el empobrecimiento del patrimonio económico de la víctima; representa la

valor pecuniario, o sea los que son susceptibles de ser apreciados adecuadamente en dinero. Son derechos extrapatrimoniales aquellos inherentes a la personalidad, como los de integridad física, integridad moral, afecciones, etc.; se adquieren o pierden con independencia a la voluntad y no admiten apreciación adecuada en dinero, así como también son inalienables e imprescriptibles.”

⁸⁰ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra de Petroecuador y otros, cit., p.3024.*

merma concreta, efectiva y cierta del patrimonio; es todo lo que sale del patrimonio del lesionado para hacer frente al daño y sus consecuencias⁸¹. Es el menoscabo realmente sufrido. Este daño constituye el más cierto de todos los daños patrimoniales, ya que se convierte en el desembolso real, o en una mengua, o deterioro verdadero⁸².

La jurisprudencia ecuatoriana lo ha definido como: “[...] la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido.”⁸³

El resarcimiento del daño emergente procura reponer, restablecer la pérdida sufrida. Daño emergente es igual a empobrecimiento, a merma del activo; se manifiesta a través de los gastos originados o que originará el daño. Es el perjuicio que verdaderamente afecta a la víctima (destrucción o detrimento de la cosa), representa los gastos efectuados a consecuencia del daño (gastos que el lesionado debe incurrir).

II. 4.1.2 Lucro cesante

Es la ganancia (ventaja o utilidad económica) probable de la cual la víctima fue privada y que, de conformidad al devenir normal debía percibir, es la supresión de ingresos ocasionados por el daño. Es la privación o frustración del enriquecimiento, la privación o frustración del crecimiento personal, es todo

⁸¹ Martínez Rave, Gilberto, *La responsabilidad extracontractual en Colombia*, cit., p.120.

⁸² Trigo Represas, Félix, López Meza, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. I, cit., p. 467.

⁸³ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. De Concha, de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio que, por indemnización de daños y perjuicios, propuesto en contra de Petroecuador y otros.* Cit., p.3024.

lo que deja de ingresar al patrimonio, es la riqueza que no se alcanza, que no se puede obtener.

Es un daño de relativa certeza, ya que se sustenta en una probabilidad no en una certidumbre; es la ganancia fracasada, fallida que debía llegar; es en suma la ganancia concreta que razonablemente tenía que lograrse. Finalmente,

-"[...] implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado."⁸⁴

II.4.2 El daño moral

Existen daños que tienen una naturaleza económica (materiales), evaluables a través del dinero; otros en cambio por naturaleza no son susceptibles de medirse por medio de aquél, y afectan a los derechos personalísimos, esto es, a los bienes esenciales del hombre, como la paz, la tranquilidad espiritual, la integridad física, los afectos, etc.⁸⁵. El dolor, la congoja, la pesadumbre física o espiritual, las afrentas y todos los sufrimientos de la víctima del daño son disposiciones particulares del espíritu⁸⁶, que perturban su fuero íntimo.

“Los llamados << daños morales >> son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suelen denominar **derechos de la personalidad o extrapatrimoniales**.”⁸⁷

⁸⁴ Ibídem, p.3024

⁸⁵ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, T.I, cit., pp. 487, 507.

⁸⁶ Zannoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 274.

⁸⁷ De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p.675.

Los daños morales o extrapatrimoniales afectan a los bienes o derechos que no poseen naturaleza patrimonial y que por ello no pueden ser reparados en sentido estricto; el perjuicio afecta al acervo espiritual del ser humano; no pueden reponerse porque no se encuentran disponibles en el mercado, verbigracia el honor, el dolor, la tristeza, etcétera⁸⁸.

El daño moral es aquel que “[...] vulnera los *derechos de la personalidad*: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos.”⁸⁹

Existen daños que no ocasionan un menoscabo económico a la víctima; sino que afectan a las personas en sus sentimientos, emociones, como la angustia por la pérdida de un familiar; a algún aspecto de su personalidad (fuero interno), como el derecho a un buen nombre, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al ejercicio de una profesión u oficio⁹⁰.

Al daño moral se lo conceptúa en oposición al daño material o patrimonial, es por ello que se sostiene que: “[...] el daño moral no puede sino definirse en términos negativos: es todo daño que no es patrimonial”⁹¹. La mayor dificultad estriba en haberle otorgado un carácter extrapatrimonial, porque parecería que se trata de un daño que no es susceptible de indemnizar con dinero; pero el daño moral es tan daño como el material o patrimonial, los dos son compatibles, se pueden originar conjuntamente, e incluso pueden emanar de una misma circunstancia:

⁸⁸ Vicente Domingo, Elena, “El daño”, en Reglero Campos, Fernando (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p.273. Vicente Domingo, Elena, “El daño”, en Reglero Campos, Fernando (coordinador), *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, 2002, p.79.

⁸⁹ Tamayo Lombana, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, cit., pp. 58, 59.

⁹⁰ Martínez Rave, Gilberto, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, cit., pp. 121, 125.

⁹¹ Barrientos Zamorano, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, p.31.

“El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Se traduce en la lesión a las afecciones íntimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el “patrimonio moral” del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años.”⁹²

El daño moral posee ciertas características: afecta al espíritu, a los sentimientos de una persona; sin ser el sufrimiento su condición esencial, resulta ser una manifestación habitual; acarrea zozobras y aflicciones al damnificado; significa la privación o merma de valores fundamentales para la vida de los seres humanos, como la tranquilidad espiritual, la libertad individual, los afectos; puede atentar contra la integridad física como derecho a la personalidad⁹³.

Algunos autores consideran que el daño moral puede ser objetivo o subjetivo. Daño moral objetivo es el menoscabo que afecta a la persona en su vida de relación, que padece la persona en su consideración social, por ejemplo las injurias o calumnias que ofenden el honor, la honestidad, el buen nombre, la reputación pública, etc. Daño moral subjetivo es el que sufre una persona en su individualidad biológica o psíquica, como el dolor físico, las aflicciones, ansiedades⁹⁴.

Algunas veces el daño moral ocasiona también perjuicios materiales, así como cuando alguien difama la honra de un comerciante, le puede acarrear la

⁹² Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. De Concha, de la sentencia dictada por la Sala única de la ex H. Corte Superior de Esmeraldas, en el juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios propuesto en contra de Petroecuador y otros*. Cit., p.3024

⁹³ Gherzi, Carlos Alberto, *Daño moral y psicológico*, Buenos Aires, editorial astrea, 2006, pp. 130, 131.

⁹⁴ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, T. I, cit., p. 508. Zannoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 236. Tamayo Lombana, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, cit., p.59.

pérdida de su clientela, o de crédito⁹⁵; asimismo el daño material puede generarle al mismo tiempo daños morales, como cuando una persona sufre una desfiguración facial permanente o la amputación de un miembro de su cuerpo, lo cual a más de ocasionarle un daño material le genera sufrimientos, angustias, al constatar su invalidez o al verse desfigurada⁹⁶.

II.5 El daño y la relación de causalidad

A aquél que contribuyó a la realización del daño le corresponde resarcirlo; pero para que nazca la obligación de indemnizar es indispensable que haya una relación de causa-efecto entre la acción u omisión del agente o del hecho de una cosa con el efecto dañino; es decir, debe ser la acción u omisión del agente o el hecho de la cosa la causa generadora, la fuente de la cual brota el daño; y la consecuencia dañina tiene que evidenciarse como el resultado de la acción u omisión del agente o del hecho de la cosa. El nexo causa-efecto entre la conducta o el hecho y el daño se denomina relación de causalidad.

La relación de causalidad es la conexión entre dos fenómenos, cuando uno de ellos hace surgir al otro⁹⁷; de modo que el primero genera al segundo y éste no hubiera ocurrido sin aquél. Es en definitiva el enlace del daño con aquél al que se le imputa.

Nuestro Código Civil no utiliza expresamente los términos relación o nexo de causalidad; pero alude a este requisito implícitamente, al suponerlo. Así como cuando el artículo 2214 se refiere al hecho constitutivo de delito o cuasidelito

⁹⁵ En este sentido, la jurisprudencia ecuatoriana reconoció la existencia de daño moral, ocasionado por haberse efectuado una citación judicial sin motivo suficiente (en la que a la demandante se la hacía constar como deudora), a través de un periódico; se consideró que afectó al buen nombre y crédito. Gaceta judicial N 2, serie XV, en el juicio ordinario que por daños y perjuicios siguió Gloria seminario contra Filanbanco.

⁹⁶ Tamayo Lombana, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, cit., p.59.

⁹⁷ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 406.

que ha inferido daño a otro, y cuando el artículo 2229 establece que todo daño que pueda *imputarse* a malicia o negligencia de otra persona, tiene que ser reparado por ésta. Estas normas presuponen que existe una relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culpable y el daño.

Cuando nos preguntamos quién ha ocasionado el daño, la respuesta la encontramos examinando la relación de causalidad, la cual se encarga de atribuirle el resultado de un evento a un determinado sujeto (ella es el puente entre el acontecimiento dañino y su autor). La conducta del agente, productora del daño, hace surgir la responsabilidad extracontractual⁹⁸. La acción humana o el hecho de una cosa es el antecedente (causa) y el daño su resultado (efecto).

Para lograr la indemnización, la víctima del daño tiene que demostrar la existencia de la relación de causalidad, ésta se constituye en la razón que obliga a determinada persona a pagar y no a otra, dicha relación se encarga de individualizar al presunto responsable dentro de un conjunto de personas. En primer lugar, el derecho se vale de la relación causa a efecto, independientemente de que, luego de haber sido establecida la relación, exija la concurrencia de otros elementos⁹⁹.

Hans Kelsen diferenció la naturaleza dual de la causalidad -física y jurídica- destinando la palabra “causa” al ámbito natural y el término “imputación” al jurídico. Este autor señaló que la causalidad en derecho se origina jurídicamente, ya que es la ley o el derecho en general quienes determinan que A es la causa de B, nos encontramos por lo tanto ante una imposición y no ante una comprobación. Incluso en las situaciones en que el derecho identifica como causa de algo a aquello que es su causa “natural”, no es causa porque

⁹⁸ Gamarra, Jorge Luis y Gamarra, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, fcu, 2007, p. 41.

⁹⁹ De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T. I, cit., p.187.

es natural, sino por el contrario, porque en ese determinado caso el derecho le ha otorgado a la causa natural el signo de causa jurídica¹⁰⁰.

Generalmente los lazos jurídicos recorren la misma ruta del orden natural; pero a veces el nexo causal natural y el vínculo causal jurídico transitan diferentes caminos. Esto nos permite comprender que se le considere causante al empleador por los daños ocasionados (en el orden natural) por su servidor, no obstante que dicho empleador no realizó nada; pero como empleador la ley le atribuye determinadas consecuencias¹⁰¹.

Siempre, la interrogante causal es “¿quién realizó qué?”; pero tal “realizar” no tiene que ser comprendido en sentido físico sino jurídico, esto es, el “realizar” del derecho constituye el acto que establece como causa de otro. Puede suceder que la norma legal no señale nada especial respecto a la causa. En este caso se advierte que comprende la causa natural como la jurídica. En otras situaciones, la norma señala, directa o tácitamente, una causa diferente¹⁰².

Esta dificultad se presenta cuando se trata de los mecanismos de difusión del riesgo, la “causa” jurídica se distancia demasiado del orden natural, que tal vez ya no se debería denominar adecuadamente causa; ya que, ¿con qué carácter se puede considerar como “causante” del daño a la compañía aseguradora, la misma que pese a no haber ocasionado el daño, tiene que responder por él en forma directa?¹⁰³.

La causalidad natural, de índole mecánica, sirve para establecer el vínculo entre la causa y su efecto, en cambio la autoría establece la posibilidad de

¹⁰⁰ Ibídem, p. 188.

¹⁰¹ Ibídem, p. 188.

¹⁰² Ibídem, p. 189.

¹⁰³ Ibídem, p.189.

atribuir una conducta a cierta persona. Esto quiere decir que la persona interviene en el hecho con una mínima voluntad; sin que la autoría conlleve una voluntad de dañar, es suficiente con que exista la voluntad de obrar, de ejecutar la acción que sin saberla ni pretenderla, ocasiona el daño. Lo que se exige es que la conducta sea la de un ser humano y no de una estricta participación mecánica o física¹⁰⁴.

No debemos confundir causa con culpa; para determinar si alguien es culpable se precisa establecer primero que es *el autor* del hecho, luego de que aquello queda demostrado puede averiguarse si es o no culpable. La relación causal está dentro del campo factual, se instituye a través de un juicio de ser que *describe* la conducta, en cambio la culpabilidad se inserta en el ámbito del deber ser y se determina a través de un juicio de valor que *evalúa* la conducta¹⁰⁵.

Cuando una sola causa genera el daño, el problema causal se circunscribe a determinar si el accionar del supuesto responsable resultó suficiente para producirlo, y si ese daño le es imputable.

Pero cuando cooperan varias causas, el dilema está en determinar cuál de las causas que aparentemente incidieron en la generación del daño es la que verdaderamente lo ocasionó. Varias teorías tratan de solucionar el problema de la pluralidad de causas, así:

II.5.1 La teoría de la equivalencia de condiciones, que en 1860 fue formulada por el penalista Maximiliano Von Buri, tuvo gran acogida en Alemania, influenciando enormemente en su jurisprudencia, y en el derecho francés, belga, en los Códigos Penales brasileño, noruego e italiano.

¹⁰⁴ Ibídem, p. 189.

¹⁰⁵ Ibídem, p. 190.

Pese a que esta teoría está desarrollada en forma unitaria, cuenta con tres etapas; la primera se refiere a la originaria idea de Von Buri; la segunda al pensamiento de Von Liszt; la tercera a la concepción Trager y de Thyren¹⁰⁶.

Von Buri consideró que en relación a un determinado suceso todas las concausas o condiciones preexistentes poseen idéntico valor; de allí el nombre de equivalencia de condiciones. La misma que en el campo teórico podía desplegarse mediante dos formas diferentes: negativa y positivamente. Negativamente, considerando que el daño es la consecuencia de la suma de concausas en consideración a que ninguna de ellas puede eliminarse sin que él deje de generarse. Positivamente, considerando que todo el resultado dañino es fruto del conjunto de condiciones como por cada condición separadamente; este autor llegó a la conclusión de que cada concausa generaba positivamente toda consecuencia¹⁰⁷. En definitiva, este autor no separó, ni escogió a las diversas condiciones, a todas les otorgó igual valor, intensidad y efecto en la creación del daño; consideró que cada condición por sí sola era insuficiente, y la falta de una de ellas tornaba en inoperante al resto.

La opción positiva de la teoría de la equivalencia de condiciones, formulada por Von Buri, no resistió la crítica, hecha principalmente por Birkmeyer, que hizo tambalear a la teoría de la *conditio sine cuanon*. A defender a esta teoría salieron varios autores, que absteniéndose de demostrar que el resultado era generado tanto por el conjunto de concausas, lo mismo que por cada concausa individual, se conformaron afirmando que todas las condiciones eran igualmente necesarias para que se forje el resultado, y que en consecuencia no cabe diferenciar a la causa propiamente dicha de las condiciones. Von Liszt fue el más ferviente defensor de la interpretación negativa de la teoría de la equivalencia de condiciones, señaló que el nexo de causa a efecto entre una concausa y la consecuencia se da cuando la consecuencia no se habría suscitado sin ella, y cuando ésta, no puede ser suprimida sin que aquélla

¹⁰⁶ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p.410, N 332.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 410, 411, N 332.

resulte frustrada. Cobijada por esta noción, la teoría de Von Buri, se la suele enunciar, expresando que todas las condiciones son equivalentes desde la óptica de la causalidad, por tanto todas tienen que apreciarse como concausas; en consecuencia, siempre que alguien participa en la realización de un acontecimiento, éste materialmente puede ser atribuido a su conducta¹⁰⁸.

En una tercera etapa, la teoría de la equivalencia de condiciones, debido a Träger y a Thyrén, deja sus antiguas singularidades, intentando adecuarse a las necesidades de la vida cotidiana y a los principios de justicia. Ellos consideraron que estando el problema de la causalidad material ubicado en el mundo jurídico, tenía que admitirse que desde el contexto jurídico ciertas concausas no son relevantes, incluso cuando ellas tenían que ser tenidas como relevantes; Träger señaló que no es jurídicamente relevante que en el incendio de una casa alguien arrime un montón de paja, esa concausa era irrelevante. Thyrén por su parte diferenció la cuestión desde la óptica del resultado, condiciones positivas, negativas e indiferentes¹⁰⁹.

II.5.2 Teoría de la causa próxima. Sus seguidores consideraron que de todas las condiciones indispensables para generar un resultado, únicamente una de ellas tenía la calidad de causa, la que estaba más próxima al resultado; las restantes continuaban conservando la calidad de condiciones; la causa es por tanto, la condición que se asoció al final a las demás condiciones y que temporalmente se encontraba más cercana al resultado¹¹⁰. La causa más próxima al daño puede acarrear injusticias; el orden cronológico no corresponde infaliblemente al orden causal; con frecuencia la causa última no posee la calidad de decisiva, ya que pudo haber tenido una función mínima,

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 411, 412.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 412. Alterini, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, pp. 145, 146.

¹¹⁰ Ibidem, pp. 415, 416. Trigo Represas, Félix y López, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, T.I, cit., pp. 599 y 600.

como el caso de la gota de agua que desborda el vaso¹¹¹. La causa más reciente no necesariamente tiene que resultar absoluta y eficaz¹¹².

II.5.3 La teoría de Von Bar. Enunciada en 1871, consideró que no todas las condiciones tienen igual relevancia desde la óptica formal. En todo antecedente hay un conjunto de supuestos de hecho, que forman parte del curso normal de los acontecimientos (condiciones propiamente dichas) y un suceso (causa en sentido estricto) que interrumpe esa normalidad. A este acontecimiento que vemos como obstaculizando el acontecer normal, se le llama causa. Según este autor, el agente no debe responder de todas las consecuencias de su actuar interruptivo del acontecer normal, ya que únicamente tiene que hacerlo de las consecuencias regulares de su acción, en este sentido esta teoría posee una idea embrionaria de la teoría de la causalidad adecuada¹¹³.

II.5.4 La teoría de la causalidad adecuada. En su primera etapa fue elaborada por Von Kries, en 1888. Desde el plano netamente filosófico se admite que todos los antecedentes de un hecho tienen que considerarse como condiciones indispensables para la generación de ese hecho. Entre tales antecedentes, no existe la posibilidad de establecer, en el caso específico, ninguna diferenciación, o bien apoyándose en la causa más próxima, o identificando a ellas como algo especial, otorgando a alguna el distintivo de causa no en virtud a su singular potencia o inmediatez, sino a su calidad esencial. En el caso específico, el escenario descrito por la *condictio sine qua non* es categórico: todas las condiciones tienen similar importancia, y a ninguna se la puede hacer sobresalir para considerarla como causa del suceso dañino¹¹⁴.

¹¹¹ Le Torneau, Philipe, *La responsabilidad civil*, cit., p. 79

¹¹² Gamarra, Jorge Luis y Gamarra, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 46.

¹¹³ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 417, N 236.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.418, N 237.

La teoría de la causalidad adecuada establece que es indispensable llegar a colegir de ese conjunto de condiciones una que tenga la cualidad de causa, a la cual se le pueda asignar la creación del suceso. ¿Cómo se cumple este fin, supuestamente opuesto a la premisa filosófica doctrinal? Cambiando el modo de ver: en lugar de considerar el fenómeno causal *in concreto* (en cuyo caso no puede encumbrarse ninguna condición general al rango de causa), se analiza *in abstracto* y en general, inquirendo si en este campo, es viable que de esas condiciones una de ellas genere el resultado cuya causa específica se intenta indagar. Si la respuesta es positiva, se le otorga a aquella condición (que posee una condición con similar jerarquía a las otras condiciones) el atributo de causa¹¹⁵.

Por tanto, la fijación del fenómeno causal desde la óptica del derecho penal o civil, es la consecuencia de un proceso de generalización que otorga preeminencia a una de las *condictios* del caso específico. Incluso, mostrándose de acuerdo con la precisión filosófica del principio de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causalidad adecuada consigue esclarecer, desde la concepción jurídica, una causa por el sendero de las generalizaciones y de la valoración de la posición *in abstracto*¹¹⁶.

Este proceso, sustentado en la idea de posibilidad, enfrenta ciertas dificultades, relacionadas con: a) en el proceso de abstracción y generalización indispensable para establecer qué condición en verdad es causa, puede relegarse a algunas condiciones, pero no a todas, ya que una condición nunca genera una consecuencia; en esta vía de generalización se puede detener antes o después, esto es, detenerse presumiendo la presencia de un gran número de condiciones concernientes al caso determinado que se intenta averiguar, o no detenerse hasta que esas condiciones se hayan disminuido al mínimo. Pero a medida que se va abstrayendo y generalizando en nivel superior, la probabilidad de hallar una condición *generalmente idónea* a la

¹¹⁵ Ibídem, p. 418, N 237.

¹¹⁶ Ibídem, pp. 418, 419, N 237.

creación del suceso (y que valga la pena denominarla *causa* en sentido estricto) merma, y viceversa. El asunto, bajo esta perspectiva se concreta, a establecer cuáles son las condiciones que deben ser conservadas del caso específico y tienen que ser supuestas en el proceso de abstracción o generalización. Kries denomina al conocimiento de las condiciones que tiene que ser supuestas, *saber ontológico*; b) delante de esta circunstancia del saber ontológico se establece la otra cara del asunto: conocidas las condiciones indispensables en el proceso de generalización, es preciso conocer si ellas consiguen forjar generalmente el resultado cuyas causas se intenta investigar. Para arribar a este resultado se hace necesario entender las leyes naturales que gobiernan la creación de los fenómenos; al conocimiento de estas leyes Kries denominó *saber gnomológico*¹¹⁷.

De la diferente forma de comprender estos extremos, *saber ontológico* y *gnomológico*, nacen las diversidades que se advierten en el interior de la teoría de la causalidad adecuada. La noción individual de Kries, se conoce como teoría subjetiva de la causalidad adecuada, puesto que exhibe un cariz plenamente subjetivo en lo atinente a su base ontológica. En tal virtud, señaló Kries, que cuando se pretende averiguar si una condición es causa adecuada de un acontecimiento suscitado, sólo se debe estimar las circunstancias (es decir, las condiciones) que fueron conocidas por el agente al instante de ejecutar la acción¹¹⁸.

En contraposición, Rümelin estableció que pueden estipularse como idóneas para constituir el saber ontológico todas las condiciones que forman parte de la realidad, incluso cuando ellas no fueron conocidas por el agente al instante de perpetrar la acción; en lo referente al saber *gnomológico*, al igual que Kries sostuvo que se compone con el saber humano en general, a menos que el

¹¹⁷ Ibídem, p. 419, N 237.

¹¹⁸ Ibídem, p. 420, N 237.

agente conociera particularmente ciertas leyes que son ignoradas por los otros hombres, en tal situación tiene que valorarse subjetivamente¹¹⁹.

II.5.5 Teoría de Birkmeyer. Expuesta en 1875 por Karl Von Birkmeyer, estableció que todos los antecedentes eran como lo aclamaba la tesis de la equivalencia de condiciones, condiciones de la consecuencia, pero que de entre ellas tenían que instituirse determinadas diferencias que posibilitaban escoger a unas cuantas de ellas y reputarlas como causas, mientras que las otras quedaban como puras y elementales condiciones¹²⁰.

II.5.6 Teoría de Kohler. Inicia coincidiendo con Birkmeyer: todos los antecedentes son indispensables para la creación del efecto, pero de entre ellos sólo hay unos pocos que consiguen la calidad de causas, mientras que otros son sólo condiciones. La diferencia entre las posiciones de Birkmeyer y Kohler brota cuando se averigua qué razonamiento se empleará en la elección de la causa entre el grupo de antecedentes. Birkmeyer señaló que la causa se seleccionaba en consideración a resultar el antecedente más eficaz para provocar el evento final: este era un criterio cuantitativo; Kohler sostuvo que el criterio no era cuantitativo sino cualitativo: es la particularidad íntima de la condición, cotejada con la particularidad del efecto, las que posibilitan apartarla de las otras condiciones y convertirla en una causa en sentido estricto¹²¹.

Kohler consiguió una nueva noción de causa: lo característico de la causa, lo que la diferencia de las demás condiciones, no es que sea imprescindible para la realización del efecto (ya que las otras condiciones resultaron asimismo

¹¹⁹ Ibidem, p.420, N 237.

¹²⁰ Ibidem, pp.422, 423, N 239.

¹²¹ Ibidem, p.424, N 240.

indispensables), sino la circunstancia de que la calidad de la consecuencia esté supeditada únicamente a su propia calidad¹²².

II.5.7 La causa eficiente. En el mismo sentido que la filosofía llama *causa eficiente*, la noción tradicional considera causa a aquella que por sí misma ocasiona un efecto determinado. Esta teoría, defendida por Pirson et De Villé, conlleva un problema, que brota cuando son varios los agentes que con su acción ocasionaron un resultado. Se intenta determinar cuál de ellos ayudó más intensamente a alcanzar el resultado. Esta teoría utiliza las expresiones *causa*, *condición* y *ocasión*. La causa eficiente, es la causa propiamente dicha. Ella contesta a la interrogante ¿quién produjo el daño? , y puede precisarse como aquello que por su acción origina alguna cosa. La condición, sin originar el efecto, posibilita a la causa eficiente originarlo: desecha un impedimento, posibilitando de esta manera la causa eficiente. La ocasión, ayuda al juego de la causa eficiente, sin que sea indispensable para la obtención de un efecto¹²³.

II.6 Causas de exoneración de responsabilidad

La presencia de acontecimientos ineludibles e imprevisibles rompe la cadena causal y determina que el presunto autor del perjuicio no sea responsable del efecto dañoso, puesto que su accionar, de conformidad al acontecer normal no podía generarlo; siendo otras las causas que lo produjeron¹²⁴, como el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la propia acción de la víctima. La exoneración total o parcial del presunto responsable, es posible cuando entre la conducta del agente y el resultado que ella debía generar interfiere un acontecer ajeno a su voluntad, que desvía o interviene en el trayecto causal que desencadenó el acto inicial¹²⁵.

¹²² Ibídem, p.424, N 240.

¹²³ Ibídem, pp. 425,426, N 241.

¹²⁴ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, T.I, cit., p. 832.

¹²⁵ Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., pp. 241, 242.

II.6.1 Caso fortuito o fuerza mayor

Caso fortuito o fuerza mayor, constituyen hechos ajenos al comportamiento del supuesto ofensor, a cuyos efectos no pudo resistir, o porque le resultaron imprevisibles o porque siendo previsibles le resultaron irresistibles. La relación de causalidad se produce entre el hecho y el daño, constituyéndose éste en una consecuencia del azar.

Dos enfoques intentan orientar el significado de estas expresiones: a) quienes creen que son distintas, y consideran que la fuerza mayor es un suceso incontrastable, que no es natural, siendo fruto de la voluntad de una persona diferente a la que la víctima marcó como autora del perjuicio, como la orden de autoridad competente, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, hechos provenientes de terrorismo; y que el caso fortuito es el hecho natural, extraordinario, que no se halla dentro del acontecer normal, y que produce daño, como el terremoto, naufragio, inundación, erupción de un volcán; b) la teoría unicista considera que son dos expresiones sinónimas o en todo caso indiferenciadas, y que por tanto eximen de responsabilidad¹²⁶.

En el artículo 32 del Código Civil se establece que: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

¹²⁶ La jurisprudencia ecuatoriana ha señalado que: “En nuestra legislación, al igual que en la doctrina, los términos ‘fuerza mayor’ o ‘caso fortuito’ son sinónimos, esto es, tienen el mismo significado. Sus características esenciales son: las de no ser previsibles y de no poderlos evitar o resistir. La fuerza mayor o caso fortuito es un hecho positivo, concreto y determinado, [...]” Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. De Concha, de la sentencia dictada por la Sala única de la ex H. Corte Superior de Esmeraldas, en el juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios propuesto en contra de Petroecuador y otros*. Cit., p.3029.

Nuestro Código Civil considera que el caso fortuito o la fuerza mayor poseen un significado parecido; son una fuerza extraña extraordinaria (fuera de lo común y corriente), imprevisible e irresistible, por tanto generan las mismas consecuencias: eximen de responsabilidad.

Cuando es el caso fortuito o la fuerza mayor la única causa que produce el daño, no existe ningún inconveniente, puesto que si nadie intervino, cooperó, o compartió la relación de causalidad, a la víctima le corresponderá afrontar las consecuencias del daño; pero cuando el accionar del ser humano se mezcla con el caso fortuito, la situación cambia; siendo el caso fortuito o la fuerza mayor la fuente definitiva del daño, constituye una nueva causa (fruto del azar) que sustituye al acto inicial, y exonera de responsabilidad. Estos hechos para ser considerados como tales tienen que reunir las siguientes características:

a) Imprevisibilidad. Para tener la calidad de fortuito, el hecho debe ser razonablemente imprevisible, la imprevisibilidad “[...] no consiste en una vaga posibilidad de realización, sino todos los eventos serían previsible; un evento sólo es imprevisible si no hay *ninguna razón particular para pensar que se producirá*”¹²⁷. Los sucesos imprevistos son aquellos que en ningún caso se los estimaba como probables; el ser humano ante ellos se encuentra indefenso e impotente, resultándole imposible detenerlos o suprimirlos. Si un fenómeno se suscita frecuentemente, posee la característica de previsible, puesto que su presencia es probable.

b) Irresistibilidad. La fuerza del evento debe ser aniquiladora, de manera que nada pueda interponerse en su efectiva acción¹²⁸. El evento tiene que resultar insuperable; ante el cual nada puede hacerse para evitar sus consecuencias.

¹²⁷ Le Torneau, Philippe, *La responsabilidad civil*, cit., pp. 92, 93.

¹²⁸ La jurisprudencia ecuatoriana en relación a la Irresistibilidad ha señalado que: “Se trata de un hecho inevitable, o sea la insuficiencia material del individuo para obstaculizar o impedir la producción del

La previsibilidad y la Irresistibilidad deben ser apreciadas en abstracto, en consideración a la capacidad de previsión y resistencia de un hombre normal situado en las mismas condiciones que el presunto responsable; tiene que ser imprevisible o irresistible para todo ser humano.

II.6.2 El hecho de un tercero

Se puede desechar la existencia de una posible responsabilidad, estableciendo que el daño fue fruto del hecho determinante de un tercero, que rompió la relación de causalidad; el hecho determinante exime de responsabilidad a quien se reputaba como productor del daño, por cuanto otra persona fue identificada como la autora¹²⁹. El hecho del tercero suprime la presunta autoría del agente, siempre y cuando ese tercero no sea responsable de las acciones del demandado, y que ese acto resulte ser la causa determinante del daño.

Pero si el demandado y el tercero han contribuido para la producción del daño, estamos frente a un caso de coautoría, y tendrá que responder conjuntamente con el tercero, de manera solidaria.

Para que se constituya en causa de exoneración tiene que reunir las siguientes características:

a) Causalidad. El hecho del tercero tiene que haber producido el daño, vinculándose con él a través de una relación causal; de no existir aquella

acontecimiento dañoso". Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por Metropolitan Expreso Cía. Ltda. contra la sentencia dictada por la Tercera Sala de la ex Corte Superior de Quito, en el juicio verbal sumario seguido por Diego Romero*. Gaceta Judicial Serie XVII, N 11, p.3398.

¹²⁹ De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T. I, cit., pp.223, 224.

relación el hecho del tercero no puede ser reputado como causa extraña, capaz de exonerar de responsabilidad al supuesto autor¹³⁰.

b) No provocado. No es suficiente con que el hecho dañoso sea total o parcialmente obra del tercero, es preciso que ese hecho, no sea fruto de una acción del supuesto ofensor¹³¹.

II.6.3 El hecho de la víctima

Al hecho de la víctima los seguidores de la teoría subjetiva le denominan culpa de la víctima. El presunto autor del daño no puede ser responsabilizado si el perjuicio fue el resultado del comportamiento de quien lo está padeciendo; si el hecho de la víctima fue determinante de las consecuencias, la relación de causalidad se interrumpe, y a ella le corresponde asumir el resultado. Es diferente cuando en la producción del daño intervienen el hecho de la víctima con el hecho del agente, dando lugar a la repartición de la responsabilidad entre ofensor y lesionado, de acuerdo al grado de participación de cada uno.

Para que el hecho de la víctima constituya causa de exoneración debe reunir los siguientes requisitos: a) es indispensable que exista relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño; b) el hecho de la víctima tiene que ser distinto e inimputable al supuesto autor¹³².

Nuestro Código Civil en el artículo 2230 señala que: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él

¹³⁰ Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, cit., p.478

¹³¹ Ibídem, p. 479.

¹³² Ibídem pp. 430, 431; Martínez Rave, Gilberto, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, cit., pp. 137, 138.

imprudentemente.” El hecho o culpa de la víctima reduce la obligación de indemnizar.

Capítulo III

Reparación de los daños

III.1 Obligación de reparar el daño causado

Cuando una persona ocasiona un daño a otra, sin que esta última tenga la obligación de soportarlo, enciende la llama de la responsabilidad extracontractual, ésta tiene como misión la de obligar a su autor, o a quien deba responder por él a repararlo.

El daño no sólo hace surgir a la responsabilidad extracontractual, sino que impulsa su funcionamiento, su dinámica; establece si se debe responder, y en qué medida se lo debe hacer.¹³³

La reparación de daños es el fin principal, que busca la responsabilidad extracontractual¹³⁴. Nuestro Código Civil resalta la función reparadora de esta institución, al establecer en el artículo 2214 que. “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización [...]”; y en el artículo 2229 que: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.” La obligación de reparar el daño surge el instante en que el daño fue ocasionado.

¹³³ Zabala de González, Matilde, *Personas cosas y cosas en el derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 19.

¹³⁴ La jurisprudencia ecuatoriana ha señalado: “Según nuestro ordenamiento legal, el que ha cometido un hecho ilícito que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro incurre en la responsabilidad civil de pagar indemnización al agraviado”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por Nelson Gordillo, de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la ex H. Corte Superior de Ibarra, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daño moral, le siguieron Neftalí Proaño y Teresa Tapia*. Cit., p 2719.

El que ocasiona un daño injusto tiene la obligación de repararlo. Cuando se trata de daños materiales, la reparación tiene como finalidad la reconstrucción total del patrimonio afectado. La reparación de los daños morales persigue la compensación a la víctima por la privación o merma del bien personal¹³⁵.

A través de la reparación se pretende dejar incólume en todo lo que fuera posible al damnificado, intentando hacer retornar las cosas a una situación similar o equivalente a la que se hallaban antes del daño; revirtiendo las consecuencias patrimoniales perjudiciales, las cuales son desplazadas de la víctima hacia el responsable. El ordenamiento jurídico traslada la carga del daño del patrimonio del lesionado al del dañador a través de la imposición de la reparación.

La reparación del daño no conlleva una desaparición del mismo, sino únicamente su traslado a otro patrimonio, permitido por una norma jurídica¹³⁶.

El daño resarcible puede ser valorado económicamente, comprende el daño emergente, el lucro cesante, los sufrimientos morales que afectan a la víctima y a sus allegados¹³⁷.

La reparación de los daños se rige por el principio *restitutio in integrum* o principio de reparación integral, de conformidad al cual el responsable tiene el deber de reparar en su totalidad el daño ocasionado. No es suficiente que el responsable repare una parte del daño causado; tampoco es dable que la reparación sitúe a la víctima en mejor condición que la que tenía con

¹³⁵ De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p.900.

¹³⁶ Santos Briz, J, "La reparación de daños (II)" en *Tratado de responsabilidad civil*, Sierra Gil, Ignacio, coordinador, T I, cit., p. 624.

¹³⁷ Visintini, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, T. II, Buenos Aires, editorial Astrea, 1999, cit., p. 203.

anterioridad a la producción del daño¹³⁸. Lo que se anhela es reparar enteramente el daño, no más que el daño¹³⁹. En este sentido la jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que: “Es importante destacar, que a través de la indemnización debe restablecerse únicamente el equilibrio que gozaba el damnificado con anterioridad al daño.”¹⁴⁰

III.2 Diversas formas de reparación

El resarcimiento puede hacerse en especie o por medio de un equivalente.

“Reparar un daño es hacerlo cesar, restablecer el estado de cosas existentes al tiempo del delito o cuasidelito y que éste destruyó. De ahí que, en principio, la reparación debe ser en especie; pero ello no obsta a que pueda hacerse en equivalente.”¹⁴¹

III.2.1 La reparación en especie

Usualmente se ha estimado que la reparación del daño tiene que ser integral, plena y completa, buscando abarcar la totalidad del detrimento o menoscabo. El causante del daño está obligado a resarcir todas las consecuencias surgidas de su perjuicio.

¹³⁸ Naveira Zarra, Maita, “El evento dañoso”, en Peña, José María (director): *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 53.

¹³⁹ Ibídem p.53; Le Torneau, Philipe, *La responsabilidad civil*, cit., p. 68; Zavala de González, Matilde, *Personas cosas y cosas en el derecho de daños*, cit., p.18; Mazeaud, Henry et. Al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. III, cit., p. 515, N 2332. Larenz Karl, *Derecho de obligaciones*, T. I, Madrid, editorial revista de derecho privado, 1958, p. 197.

¹⁴⁰ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario, por indemnización de daños y perjuicios, contra Petroecuador y otros*. Cit., p. 3024.

¹⁴¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T.II, cit., p. 533. En este mismo sentido el criterio de Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, T.II, cit., 639.

La reparación in natura, en especie o específica “consiste en la remoción de la causa del daño y en la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo.”¹⁴² A través de ella se pretende colocar al lesionado en la situación en que se encontraba antes de la irrupción del daño, restableciendo en la medida de lo posible el equilibrio deshecho; dejando únicamente su recuerdo. “La reparación en especie consiste en la reposición de las cosas en el estado en que se encontraban; la misma borra el daño; hace que éste desaparezca. Por ejemplo, un propietario ha construido sobre el tejado de una casa una supuesta chimenea para molestar a su vecino; la demolición de la chimenea constituye una reparación en especie”¹⁴³.

Esta forma natural y primera de reparación, teóricamente resulta ser la más ventajosa para la víctima cuando se trata del daño a una cosa, ya que procura dejarla indemne, pero muchas veces ella se torna en un imposible. “Y es que la reparación en especie es la única íntegra; ella es la única que hace algo más que compensar el daño: tan sólo ella lo suprime.”¹⁴⁴

De Trazegnies señala que la reparación en especie es la mejor cuando el daño afecta a las cosas, porque cumple íntegramente con el principio *restitutionis in integrum*. Por tal razón el Código alemán consagra a esta forma de reparación como primordial (art. 249), que únicamente cuando ella resulta imposible (art. 250) o sumamente costosa (art. 251), el B.G.B faculta abonar con dinero; que el Código austríaco establece que el responsable tiene la obligación de hacer retornar a la situación anterior al daño, de no ser posible, pagar el valor (art. 1323); que el Código soviético adopta un criterio semejante (art. 410); que el Código húngaro de 1960 está inspirado en similar sentido, a pesar de que el inciso primero del artículo 357 podría hacernos creer que la indemnización en dinero es la regla y la indemnización in natura es la excepción; que el Código portugués de 1966 siguiendo la misma tendencia, señala que la reparación en

¹⁴² De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 907.

¹⁴³ Mazeaud Henry, et al., *Lecciones de Derecho Civil*, V. II, cit., p. 395, N 621.

¹⁴⁴ Mazeaud, Henri et. al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T.III, cit., p. 497, N 2318.

dinero tendrá lugar cuando la reparación natural sea imposible (arts. 562 y 566)¹⁴⁵. La reparación en forma específica resulta ser la regla general, la indemnización en dinero viene a ser un medio secundario de resarcimiento, que sin embargo, domina en la práctica totalmente.

A pesar de las ventajas que conlleva la indemnización en especie, en la práctica ella se topa con muchos problemas, como cuando se tiene que reponer una cosa usada que fue deteriorada o destruida por el daño; si se repone con una cosa nueva (podría enriquecer indebidamente a la víctima) si se pretende encontrar una cosa con desgaste equivalente (resulta muy subjetivo)¹⁴⁶.

La obligación del responsable, de reparar todas las consecuencias dañosas, posee un límite, fijado por el principio que determina que la víctima no podrá mejorar su patrimonio por efecto del resarcimiento.

La reparación en especie generalmente está determinada por la particularidad del daño; cuando una cosa fue estropeada, menoscabada, se la debe componer o reparar, si fue destruida, arruinada, se la tiene que sustituir por otra igual; pero a veces resulta completamente difícil la reparación en especie, por ser humanamente imposible, como cuando se trata de los daños corporales; si a la víctima se le destrozó un pie, estamos ante algo irreparable en especie, lo mismo puede suceder frente a ciertos daños patrimoniales, como cuando fue destruida una obra de arte. En general los daños morales o extrapatrimoniales son irreparables e irreemplazables.

El afectado tiene la facultad de pedir la reparación que crea conveniente, según

¹⁴⁵ De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T.II, cit., p. 38.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.38.

lo determine la situación. El daño, únicamente tiene que ser indemnizado por aquel que lo causó; cuando interviene parcialmente la víctima, el responsable no puede asumirlo en su totalidad.

III.2.2 La reparación por equivalente

*“La reparación con un equivalente consiste en hacer que ingrese en el patrimonio de la víctima un valor igual a aquel de que ha sido privada; no se trata ya de borrar el perjuicio, sino de compensarlo.”*¹⁴⁷

Es la indemnización propiamente dicha, sirve para reparar cualquier clase de intereses lesionados¹⁴⁸. Generalmente el dinero es el medio adecuado para satisfacer o reponer cualquier interés; el resarcimiento por equivalente, efectuado a través de la cancelación de una cantidad monetaria, viene a ser una especie de valoración o precio del daño causado¹⁴⁹. El dinero constituye una medida de cambio que permite el acceso a bienes o servicios semejantes a los que fueron destruidos o deteriorados con el daño¹⁵⁰. La reparación en equivalente no necesariamente puede consistir en un equivalente pecuniario,

“Tal sería la publicación en un periódico, a costa del demandado, de la sentencia que declare falsas las imputaciones injuriosas o de un desmentido suscrito por él.”¹⁵¹

Los daños patrimoniales, afectan a intereses evaluables económicamente, conforme a razones objetivas o de mercado, cuando al lesionado se le da una cantidad pecuniaria semejante al valor del interés menoscabado o aniquilado,

¹⁴⁷ Mazeaud, Henry, et. al., *Lecciones de Derecho Civil*, cit., p. 396, N 622.

¹⁴⁸ Roca, Encarna, *Derecho de daños*, Valencia, Tiran lo blanch, 2003, p. 204; De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 904.

¹⁴⁹ De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 904.

¹⁵⁰ Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, T.II, cit., p. 220.

¹⁵¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T. II, cit., p. 538, N 445.

el dinero fijado como indemnización desempeña el papel de equivalencia. Los daños a intereses extrapatrimoniales, resultan invaluablemente pecuniariamente, por ello el dinero es la indemnización, que le permite al lesionado conseguir las satisfacciones que le posibilitan compensar el daño sufrido¹⁵², o menguar el sufrimiento.

La jurisprudencia ecuatoriana, concuerda con el criterio doctrinario que le atribuye al dinero una función de equivalencia¹⁵³. Nuestro Código Civil en el artículo 2231 señala que: “Las imputaciones injuriosas contra la honra o crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente, sino también perjuicio moral.” Y en el artículo 2332 se establece el derecho a pedir una indemnización pecuniaria por el daño moral, al señalar que: “[...] podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, [...]”

Las consecuencias que el daño moral provoca no pueden ser tasadas por medio de un precio, pero pueden ser apreciadas pecuniariamente¹⁵⁴. La indemnización del daño moral a través de una determinada cantidad de dinero, no pretende convertirse en el pago por las lágrimas o por el dolor, puesto que la vida, la salud o el honor están fuera del comercio; pero posee un fin

¹⁵² Naveira Zarra, Maita, “El evento dañoso”, en Peña, José María, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 53, 54.

¹⁵³ Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la ex Corte Superior de Justicia de Quito, en el juicio ordinario que, por daño moral siguió Simón Montúfar Herrera contra el Contralor General del Estado*. Gaceta judicial serie XVIII, N° 4, p. 1355. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por Henry Ojeda Torres, de la sentencia dictada por la Cuarta Sala de la ex Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio ordinario que por daños y perjuicios siguió contra el Ministerio de Energía y Minas*. Gaceta Judicial serie XVII, N° 14, p. 4553.

¹⁵⁴ La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido indemnizaciones pecuniarias, frente a los daños morales, verbigracia: Gaceta Judicial. Año LXXXVIII. Serie XV. N° 2. p. 400. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por Jesús Rodríguez Moreira, en el juicio ordinario por daño emergente, lucro cesante y daño moral, que siguió en contra de EMELMANABÍ S.A.* Gaceta Judicial Serie XVIII, N° 3, p. 850. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por Wagner Iván Viñán Vásquez contra la sentencia dictada por la Segunda Sala de la ex Corte Superior de Ibarra, en el juicio ordinario que siguió el recurrente en contra de la Federación Médica Ecuatoriana y otros*. Gaceta Judicial Serie XVII, N 12, p.3739.

satisfactorio, en el sentido de que ayuda a sobrellevarlos, mitigando el dolor, la angustia, el sufrimiento. Cesari Salvi nos recuerda que la disminución de los sufrimientos, es una de las posibles funciones del daño no patrimonial¹⁵⁵. Fernando de Trazegnies sostiene que: “[...] la indemnización del daño moral se asemeja más-consciente o inconscientemente- a una multa privada que a una reparación de perjuicio.”¹⁵⁶ Resulta sumamente complicado valorar el daño moral, pero es mejor asignarle un precio antes que dejarlo sin reparar¹⁵⁷, lo que se pretende es liberar a la víctima de los perjuicios producidos.

En doctrina domina el pensamiento de que la indemnización pecuniaria del daño extrapatrimonial es una *satisfacción* que se le confiere a la víctima para mermar los efectos de un perjuicio que no se conseguirá hacer desaparecer, y en relación al que no es posible establecer una medida o precio de reemplazo o compensación¹⁵⁸; el dinero, le permitirá a la víctima del daño procurarse satisfacciones equivalentes.

Nuestra jurisprudencia ha considerado que:

“Resulta difícil la cuestión del resarcimiento a la víctima de un daño moral, porque no está relacionada solamente con el tipo o mecanismo válido aplicable sino a su aspecto cuantitativo. La reparación in nature resulta de imposible aplicación en el ámbito del daño moral. El dolor solo puede evitarse, prevenirse, pero una vez sufrido puede a lo sumo mitigarse. El dolor causado es el daño; sólo resta el consuelo y la única forma que actualmente puede otorgársele a la víctima es la indemnización monetaria; brindarle la oportunidad de satisfacciones compensatorias, aunque estas no puedan constituir una reparación suficiente, pero la seguridad jurídica obliga a ponerle fin a esta situación lesiva e injusta.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ Salvi, Cesare, “El daño”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Alpa, Guido y otros, cit., p.312.

¹⁵⁶ De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T.II, cit, p. 59.

¹⁵⁷ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., p. 302.

¹⁵⁸ Díez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual*, cit., pp. 247, 248.

¹⁵⁹ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala Única de la ex H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario, por indemnización de daños y perjuicios, contra Petroecuador y otros*. Cit., p. 3031.

En nuestro continente se vulneran a diario los derechos humanos, la consecuencia de ello es que dentro de cada país existen innumerables víctimas sin protección ni solución para los daños sufridos. Quizá por esta circunstancia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha preocupado de repararlos¹⁶⁰.

La obligación del Estado de reparar los daños proviene de la infracción de sus obligaciones internacionales. Las medidas de reparación en el área interamericana, están encaminadas a asegurar que los hechos no vuelvan a suceder (*garantías de no repetición*) y a indemnizar económicamente los daños materiales y morales (*medidas de compensación*)¹⁶¹.

Las medidas dictaminadas por la Corte tienen como finalidad la reparación integral de los efectos que la violación de los derechos humanos ocasionó. Ellas intentan el total restablecimiento de los derechos violados (*restitutio in integrum*), restituyendo la situación anterior a la violación, cuando es factible, apropiada y suficiente, resultando imposible en la mayor de las veces, debido a que las víctimas fueron desaparecidas, ejecutadas o torturadas. La reparación integral se consigue entonces, a través de la adopción de medidas que proporcionen a las víctimas una satisfacción que esté por encima de lo económico, como el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado, los pedidos de disculpas, los actos de desagravio, las becas de estudio; y con medidas destinadas a evitar en lo posterior la repetición de esa clase hechos (cambios legislativos, investigación y sanción de los responsables de los hechos, educación en derechos humanos de funcionarios estatales, implementación de registro de detenidos, etc.). La reparación integral comprende además el pago de una indemnización que la Corte otorga en calidad de medida de compensación económica del dolor padecido, de los

¹⁶⁰ [Http://www.cejil.org/gacetitas/22Gaceta%20Rep%20final.pdf](http://www.cejil.org/gacetitas/22Gaceta%20Rep%20final.pdf). 13 de diciembre de 2009

¹⁶¹ *Ibidem*.

perjuicios patrimoniales originados y de los gastos efectuados por las violaciones y la búsqueda de amparo de los derechos¹⁶².

Las medidas de reparación ordenadas por la Corte a más de acatar las solicitudes de los peticionarios, han tenido en cuenta los sufrimientos padecidos por las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, efectuadas por sus Estados. Es así que la Corte otorgó una beca de estudios, en concepto de medida de reparación del daño al proyecto de vida de un joven del Perú, quien fue detenido arbitrariamente y torturado, viéndose obligado a interrumpir sus estudios universitarios, en torno a los cuales había proyectado su vida posterior¹⁶³.

En el campo de las soluciones amistosas, se ha reparado el daño de manera interesante, así por ejemplo el litigio del caso Verbitsky posibilitó que en Argentina se quitara del Código Penal la figura del desacato. El Perú se comprometió a dar atención médica y psicológica, educación y vivienda a la familia de una mujer víctima de una práctica estatal de esterilización forzada. En otro caso, otorgó una casa y un puesto de venta en un local comercial, atención psicológica y educación a una mujer víctima de violencia sexual¹⁶⁴.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

Capítulo IV

La acción de responsabilidad extracontractual

IV.1 Efectos del delito o cuasidelito

Nuestro Código Civil en el artículo 1453 establece que el delito y el cuasidelito civil son fuente de obligación¹⁶⁵: generan para su autor el deber de indemnizar a la víctima, y para ésta, el derecho a exigir la reparación total del daño que se le ocasionó.

La legislación ecuatoriana establece que quien fue afectado con un daño en su persona o bienes, posee el derecho a la reparación correspondiente. (El Código Civil en el artículo 2214 señala que: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización [...]"; en el artículo 2229 instituye que: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta."

IV.2 Acción que compete a la víctima

Cuando el autor del daño se compromete voluntariamente a repararlo o a impedir que se produzca el que se teme, y la víctima accede a ello, no se presenta ningún problema, ya que la obligación delictual o cuasidelictual se extingue. El problema surge cuando el autor del daño se niega a reparar el daño que ocasionó, aduciendo que no es responsable, o desconociendo la

¹⁶⁵ Este artículo señala que: "Las obligaciones nacen, [...] ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos [...]"

cuantía del daño que se solicita, o cuando no adopta las medidas indispensables para evitarlo.

La acción civil que surge del daño producido por el hecho ilícito se rige por los principios del proceso civil. La víctima de un daño, para reclamar la reparación del mismo debe hacerlo a través de la vía ordinaria, de conformidad con los artículos 395 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

IV. 3 Titular de la acción

Generalmente esta acción corresponde a quien resultó víctima de un daño, es decir al titular del derecho o bien jurídico directamente afectado por el hecho ilícito, o a quien teme su realización. Cuando el daño es contingente y amenaza a personas determinadas, de conformidad a lo establecido en el artículo 2236 del Código Civil, inciso segundo, la acción corresponde a aquellas personas exclusivamente. Cuando amenaza a personas indeterminadas se concede acción popular, de acuerdo a lo que establece el artículo 2236 del Código Civil, inciso primero.

Toda persona puede ser afectada por un daño que dé nacimiento a la responsabilidad extracontractual; al lesionado le corresponde ejercer la acción de reparación; la afirmación general de que la víctima está asistida del derecho a accionar y que únicamente en su favor será establecida la reparación, no significa que el incapaz tiene que comparecer en juicio, la ley no lo permite; tendrá que comparecer por intermedio de su representante legal; asimismo, las personas jurídicas comparecen a través de su representante legal (artículos 33 y 34 del Código de Procedimiento Civil).

El daño puede afectar a varias personas, de tal manera que a cada una de ellas perjudique individualmente, correspondiéndole una acción de responsabilidad a cada víctima. El incendio de un inmueble puede perjudicar no sólo al propietario, sino también al usufructuario y al arrendatario; ellos, personalmente, pueden pedir la indemnización correspondiente. Las diferentes víctimas de un mismo daño pueden proponer una acción única o conjunta contra el responsable, debiendo el juez otorgar una indemnización diferente.

El daño puede afectar a las cosas o a las personas. Cuando a través del dolo o culpa se daña a una cosa, de conformidad a lo establecido en el artículo 2215 de nuestro Código Civil, puede pedir su reparación no solamente el dueño, el poseedor de la cosa dañada o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, siempre y cuando el daño ocasione perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o de uso. Se señala también que puede pedir dicha reparación, quien tenga la cosa con la obligación de responder de ella, aclarando que únicamente es factible en ausencia del dueño.

Si a través de una acción u omisión alguien ocasiona daño material a otro en su persona, consistente en una lesión cualquiera, puede reclamar la indemnización la víctima, si es capaz de comparecer a juicio, o cuando no lo es, a través de su representante legal.

Cuando el daño material ocasiona la muerte de otra persona, puede reclamar la indemnización la víctima indirecta de él, es decir el damnificado indirecto; las consecuencias dañosas que genera la muerte se prolongan hacia un tercero; se considera que la muerte no es un daño para quien la padece, en cambio sí puede acarrear perjuicio a las personas que estaban vinculadas patrimonial o afectivamente al muerto¹⁶⁶. Lo que se reclama es la pérdida de los beneficios relacionados con la vida ajena y que se esfumaron con la muerte. Para la

¹⁶⁶ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 241, 242, 941.

víctima indirecta, el cese de la vida de quien falleció conlleva consecuencias desfavorables, generadas por tal desaparición¹⁶⁷.

Nuestro Código Civil señala en el artículo 2233 que:

“La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derecho habientes, conforme a las normas de este Código.”

El artículo citado limita el número de titulares para proponer la acción de reparación por perjuicio moral. Faculta para demandar la reparación del daño moral a la víctima inmediata o su representante legal; en caso de imposibilidad física de la víctima la acción podrá ejercerla su representante legal, o quien esté vinculado al lesionado a través de matrimonio, o por un interés afectivo, surgido del parentesco consanguíneo (hasta el segundo grado). Para fines resarcitorios, en caso de muerte, no existe lesionado directo¹⁶⁸, es por esta razón que excepcionalmente la acción por daño moral corresponde a sus derecho habientes, quienes son los damnificados indirectos.

IV. 4 Sujeto pasivo de la acción

Nuestro Código Civil establece que la acción indemnizatoria procede contra quien produjo el daño y sus herederos (artículo 2216, inciso primero). Excepcionalmente contra el tercero civilmente responsable y contra aquel que sin ser cómplice, recibe provecho del dolo ajeno, pero únicamente hasta la concurrencia de lo que valga el provecho. La responsabilidad del que se

¹⁶⁷ Zabala de González, Matilde, *Perjuicios económicos por muerte*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 4, 5, 33; Zabala de Guzmán, Matilde, *Resarcimiento de daños*, volumen 2b, Buenos Aires, editorial Hammurabi S.R.L., 1991, pp. 22, 23.

¹⁶⁸ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, cit., pp. 482, 485.

aprovechó del dolo ajeno no tiene nada que ver con el monto del daño sufrido por el lesionado, sino con el monto del beneficio que el ilícito le significó.

La primera persona contra quien puede intentarse la acción de responsabilidad extracontractual es aquella que cometió el delito o cuasidelito que ocasionó daño. En principio todas las personas son capaces de delito o cuasidelito civil; de acuerdo a lo establecido en el artículo 2219 de nuestro Código Civil no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, los dementes, ya que no poseen la aptitud de deliberación necesaria para ser considerados responsables; además, señala el artículo citado en su inciso segundo que: “Queda a prudencia del juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento”. La capacidad requiere que el autor posea una mínima aptitud de deliberación para determinar lo que es correcto y lo que no lo es.

El artículo 2216 de nuestro Código Civil, establece que la acción de indemnización por un hecho ilícito puede intentarse contra los herederos del autor del daño; la responsabilidad extracontractual se transmite a los herederos; la penal se extingue con la muerte del responsable. Debe anotarse que cada heredero responderá a prorrata de su cuota hereditaria (artículo 1370 del Código Civil); la insolvencia de uno no grava a los otros (artículo 1371 del Código Civil); además entre ellos no existe solidaridad.

IV 4.1 Responsabilidad solidaria

Nuestro Código Civil en el artículo 2217 establece la solidaridad para el caso de que un mismo delito o cuasidelito haya sido ocasionado por varias personas; esto es, cuando ha existido pluralidad de actores, que ocasionaron un mismo ilícito; si no hubo la participación de dos o más personas en un mismo ilícito, no se puede hablar de solidaridad entre los responsables del

perjuicio. Cada uno de los autores del mismo delito o cuasidelito es responsable de todo el daño procedente del ilícito. La víctima podrá demandar la indemnización total del perjuicio a todos los autores en conjunto o a cualquiera de ellos a su arbitrio (artículo 1530 del Código Civil); pero el pago realizado por uno de ellos libera a los otros.

Nuestro Código Civil señala que la responsabilidad extracontractual surgida del delito o cuasidelito no es solidaria:

a) Cuando se trate de daños ocasionados por la ruina de un edificio perteneciente a dos o más personas proindiviso, por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia; la indemnización a que esos perjuicios den nacimiento se dividirá entre todas ellas a prorrata de sus cuotas en el dominio (artículo 2223, inciso segundo).

b) Al tratarse de daños ocasionados por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, la indemnización tiene que dividirse en partes iguales entre todos quienes habitan la parte del edificio de donde cayó o se arrojó la cosa (artículo 2228).

IV.5 Ejercicio judicial de la acción

La acción es la facultad jurídica que posee una persona para reclamar ante la autoridad la tutela de sus derechos¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, editorial Temis S.A., 1999, p. 63.

La acción es una actividad jurídica que se expresa a través de actos que generan consecuencias jurídicas, ella no puede ser formulada por cualquiera, para que los actos que la integran generen esas consecuencias es necesario que quien los ejecute esté provisto de capacidad y legitimación. La *capacidad* es la idoneidad de la persona para intervenir en juicio, derivada de sus caracteres individuales. La *legitimación* constituye esa idoneidad desprendida de su posición en relación al litigio¹⁷⁰.

La regla general es que todas las personas son capaces¹⁷¹ para comparecer en juicio, excepto aquellas que la ley las declara incapaces; nuestro Código de Procedimiento Civil en el artículo 33 señala:

“No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:

1.El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal; y,

2. Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal.”

La incapacidad conlleva el impedimento legal de comparecer en juicio; la comparecencia de un incapaz produce la falta de personería y por lo tanto la nulidad procesal.

El artículo 43 del Código de Procedimiento Civil establece que hay tres maneras de comparecer, cuando señala: “En todo juicio concurrirán las partes personalmente o por medio de su representante legal o procurador [...]”.

¹⁷⁰ Carnelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, T.II, Buenos Aires, Unión Tipográfica Hispano Americana, 1998, p.25.

¹⁷¹ El Código Civil en el artículo 1461, inciso final señala que: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”

Los incapaces comparecen a través de un representante legal. Para poder comparecer personalmente o mediante procurador se requiere de capacidad. El artículo 38 del Código de Procedimiento Civil en el inciso tercero establece que: “Son hábiles para nombrar procuradores los que pueden comparecer en juicio por sí mismos”

La acción se la dirigirá contra el obligado a la indemnización, si es capaz de comparecer en juicio, o de su representante legal cuando no lo fuere.

Para determinar el juez o tribunal que ejerce jurisdicción¹⁷² y ante el que se debe ejercer la acción, es preciso distinguir si el delito o cuasidelito es civil y penal al mismo tiempo o únicamente civil.

Cuando el hecho ilícito es civil y penal a la vez, una vez concluida la acción penal, con la respectiva sentencia ejecutoriada de condena, el ofendido puede demandar la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el penalmente responsable de la infracción, de acuerdo a lo que señala el artículo 31, en el numeral 1 del Código de Procedimiento Penal, que establece:

“Para determinar la competencia en los juicios de indemnización se seguirán las siguientes reglas:

1.- De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, siempre que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la

¹⁷² El término jurisdicción hace referencia a la función pública de administrar justicia, derivada de la soberanía del Estado, practicada por un órgano especial. Busca la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, a través de la aplicación de la ley a determinados casos, para lograr la convivencia pacífica; su propósito se confunde con el del proceso en general, pero él abarca ciertos casos y aquélla a todos. Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, editorial Universidad, 1997, p. 95. Véscovi dice que: “[...] la jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho.” Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, cit., p. 99.

determinación hubiese sido parcial será competente el Presidente del Tribunal de Garantías Penales que dictó la sentencia condenatoria;

b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, la Jueza o Juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales;

c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde a la Jueza o Juez de Garantías Penales que dictó la sentencia, si en esta igualmente no fue posible determinar los perjuicios, o si la determinación fue solo parcial; y,

d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.”

Si bien es cierto que en el Código Civil se establece que quien ha cometido delito, o cuasidelito está obligado a indemnizar (artículo 2214), únicamente el Juez de lo Penal, de modo público y de manera oficial tiene la potestad de determinar si una persona cometió o no una infracción penal. Entonces, cuando se trata de delitos penales y civiles a la vez, es menester que primero se declare la existencia de la infracción para luego reclamar el pago de las indemnizaciones civiles.

La responsabilidad civil no se desprende del delito penal, a ella la configuran sus propios requisitos. La acción civil, a pesar de que se derive del daño ocasionado por el delito penal y se la ejerza a través de un proceso penal, mantiene su esencia civil, de tal manera que su objetivo principal es la protección de un interés particular.

La pretensión del sujeto activo del proceso penal posee dos objetivos: punitivo y de resarcimiento. El primero constituye la pretensión primordial, ya que persigue que el proceso cumpla su propósito inmediato, que es la imposición de la pena. El segundo resulta accesorio, ya que surge luego de haberse estimado la pretensión punitiva. Si el Juez Penal estimando la pretensión punitiva, declara que el condenado tiene que pagar la indemnización de daños

y perjuicios, declara el derecho del ofendido o del agraviado por el delito a reclamar la liquidación y pago de esa indemnización¹⁷³.

Cuando el delito o cuasidelito es meramente civil, la acción debe deducirse ante el Juez de lo civil que sea competente¹⁷⁴ de acuerdo a las reglas generales. Alfonso Troya¹⁷⁵, las enuncia así:

”1a. Fijada la competencia de un juez, no se altera por causa superveniente, y queda, además, fijada la competencia de los jueces de grado superior.

2a. El juez que hubiere prevenido en el conocimiento de una causa excluirá a los demás de igual grado y atribuciones [...]

3a. Los actos preparatorios y las medidas cautelares pedidas fuera de juicio deberán solicitarse del juez competente para conocer del proceso posterior [...]

4a. El juez de la acción es juez de las excepciones.

5a. El juez de lo principal es juez de los incidentes [...].

6a. El juez de la acción principal lo es de la reconvención [...].

7a. El juez que expide una providencia es competente para hacerla ejecutar.

8a. En los casos de acumulación de autos, el juez de la causa más antigua conoce de los autos acumulados.

9a. Por regla general, el juez no puede adoptar medidas cautelares; debe esperar petición de parte.”

IV.6 La prueba

“Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos.

¹⁷³ Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T.I, Guayaquil, EDINO, 2004, PP. 472, 473.

¹⁷⁴ El Código de Procedimiento Civil en el artículo 1, inciso segundo señala que: “Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.” y el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 156 determina que: “Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”

¹⁷⁵ Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, T. I, Quito, ediciones de la Universidad Católica, 1978, pp. 198, 199.

*Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevar al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos*¹⁷⁶.

Los distintos medios de prueba de los hechos que conforman una pretensión o una defensa, pueden pasar de ser meras afirmaciones a hechos respecto de los cuales el juzgador obtuvo convicción o certeza. A través de estos medios el juzgador conoce la realidad del caso específico; es por ello que si no puede conocer con precisión los hechos que lo conforman, no conseguirá aplicar adecuadamente el derecho¹⁷⁷.

El derecho a probar es parte del derecho a un proceso justo o debido proceso; faculta a que todo sujeto de derecho que interviene o intervendrá, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, produzca la prueba necesaria para generar la convicción del juzgador respecto de la existencia o inexistencia de los hechos que son o serán objeto específico de la prueba¹⁷⁸.

El objeto de la prueba lo componen todos los hechos que directa o indirectamente tienen que ver con la materia controvertida, esto es por los hechos que conforman una pretensión o una defensa¹⁷⁹.

La carga de la prueba establece lo que cada parte posee interés en probar, esto es, qué hechos requiere cada quien que sean probados para que se constituyan en el fundamento de sus pretensiones o excepciones, y le señala al juez cómo tiene que fallar cuando tales pruebas no existan¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, Bogotá, editorial TEMIS S.A., 2002, p.25.

¹⁷⁷ Bustamante Alarcón, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima, ARA editores, 2001, pp. 79, 80.

¹⁷⁸ *Ibíd*em, p.101.

¹⁷⁹ *Ibíd*em, p.94.

¹⁸⁰ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, cit., p.135.

En el Código de Procedimiento Civil, se establece para el actor y para el demandado las circunstancias que deben probar, considerando sus proposiciones, enunciadas en el juicio. El artículo 113 señala:

“Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada [...]”.

Con el nombre de *carga probatoria dinámica*, se conoce a la doctrina que intenta doblegar la inflexibilidad de las reglas de la carga de la prueba, las cuales producen problemas en su aplicación a determinados casos.

La *carga probatoria dinámica* implica una separación excepcional de la normativa legal acerca de la distribución de la carga de la prueba, a ella se tiene que recurrir únicamente en determinadas circunstancias, como cuando es preciso hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que esté en mejor situación para producir la prueba pertinente (como la de descargo)¹⁸¹, especialmente cuando la otra parte está imposibilitada o tiene graves inconvenientes para generar dicha prueba.

Aquella mejor posición probatoria tiene que ser demostrada, y a quien le corresponde hacerlo es a la parte cuya carga se aminora, es decir a la que ostenta inferioridad probatoria; además tendrá que probar que está imposibilitada de poder generarla.

¹⁸¹ Peyrano, Jorge Walter, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” en Peyrano, Jorge Walter, et al., *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni editores, 2008, pp. 21, 22.

No todos los hechos alegados tienen que ser probados por una u otra parte o por ambas; en cada caso recaerá la carga de la prueba en la que esté en mejores condiciones de probar cierto hecho; pero a veces quien lo está para un determinado hecho, no lo está para el resto de hechos. Quien alega un hecho tiene que probarlo, pero en algunas ocasiones acontece que quien lo alega se encuentra imposibilitado de probarlo, entonces se hace necesario desplazar el *onus probandi*, y a quien le corresponde probar la existencia o inexistencia del hecho es a la otra parte, por estar en mejores condiciones para hacerlo; y también puede darse el caso de que en los demás hechos cada quien tenga que probar el hecho que alegó, todo esto en un mismo proceso¹⁸².

En el campo de la responsabilidad extracontractual, comúnmente la víctima del perjuicio resulta ser la parte débil en la relación agente-víctima, es por ello que esta institución tiene como finalidad la protección de los damnificados. Gran parte de esta protección se canaliza a través del aligeramiento de la carga de la prueba, facilitándola¹⁸³.

IV.6.1 La prueba del daño

El daño engendra la obligación de indemnizar. Al actor le corresponde acreditar la existencia del perjuicio, puesto que tiene que aparecer en el proceso suficiente prueba de que ha sufrido en su persona, o en sus bienes, o en las ventajas que disfrutaba (que tienen que ser lícitas) una pérdida, merma, detrimento o deterioro.

Cuando se demuestra que el daño produjo en la víctima una destrucción o merma de su patrimonio, queda probado el daño emergente; el lucro cesante

¹⁸² Airasca, Ivana María, “Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, en Peyrano, Jorge Walter, et al., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 136.

¹⁸³ Alegre, Juan Carlos, “La cargas probatorias dinámicas en el derecho de daños”, en Peyrano, Jorge Walter, et al., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 442.

queda establecido cuando se comprueba que el delito o cuasidelito civil ocasionó la pérdida de una ganancia, que razonablemente se esperaba que hubiese ingresado al patrimonio de la víctima.

El daño moral no necesita de una prueba directa de su existencia, debido a que se visualiza a través de la conducta y condición del lesionado que posibilitan deducir la consecuencia del perjuicio sufrido¹⁸⁴. Si alguien sufre daños corporales o fue afectada su honra, le resulta difícil probar la sensación experimentada, pero el juez puede darse cuenta de que de tales hechos se deriva dolor físico o moral, y que ello conlleva una afectación en la capacidad de la víctima para disfrutar de la vida.

Cuando el daño consiste en la pérdida de una posibilidad, la víctima está impedida de demostrar con precisión el perjuicio. La existencia del daño quedará demostrada con la prueba de la víctima de haber sido imposibilitada de la oportunidad de conseguir un beneficio¹⁸⁵.

IV.6.2 La prueba de la relación de causalidad

Al actor que pretende la indemnización del perjuicio, le corresponde acreditar la existencia del nexo o relación de causalidad entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa a la que se le inculpa haberlo producido; él tiene que demostrar la existencia de la conexión efectiva entre el hecho y el resultado dañoso que le afecta. Para probar el vínculo causal de un hecho con el daño, son aceptables todos los medios de prueba.

¹⁸⁴ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, T. I, cit., p.544.

¹⁸⁵ Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, T. II, cit., p. 288.

IV.6.3 La prueba de la culpa

Nuestro Código Civil, seguidor de la teoría de la responsabilidad subjetiva, exige a la víctima que reclama la indemnización del daño probar el hecho doloso o culpable de su autor; pero en determinados casos, a fin de facilitar la prueba, presume la existencia de la culpa.

En los casos de presunción de culpabilidad, el lesionado no debe probar la culpa del presunto responsable; es suficiente con que acredite los hechos de los que la ley hace emanar la presunción; determinados los hechos queda determinada la culpa.

El artículo 2229 del Código Civil establece que el ejercicio de actividades caracterizadas por su peligrosidad, de por sí demuestran la culpa, si se genera un daño es lógico atribuírselo a ella. La víctima de un accidente derivado de aquellas circunstancias, no tiene que probar la culpa de quien lo ocasionó; es suficiente con que demuestre por ejemplo que fueron removidas las losas de una acequia o cañería de la manera como señala el numeral tercero del artículo antes señalado. En este caso, le “[...] incumbe a la parte demandada la carga de la prueba de que el daño se produjo por causa mayor y caso fortuito, por culpabilidad de un tercero, o por culpabilidad exclusiva de la víctima”¹⁸⁶.

En definitiva, quien quiera exonerarse de cualquier presunción de culpabilidad, tiene que probar que empleó la debida diligencia o cuidado, o que el daño se derivó de una causa extraña que no le podrá ser atribuida o que no existió relación o nexo de causalidad entre su culpa y el daño.

¹⁸⁶ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia. *Fallo de casación ante el recurso interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha, de la sentencia dictada por la Sala única de la ex Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra Petroecuador y otros.* Cit., p.3027.

La persona responsable por el hecho ajeno, responde de su propia culpa; se presume la culpa del civilmente responsable y la relación de causalidad entre la culpa y el daño, esto es, que por parte de aquella persona no existió vigilancia, generándose por ello el daño ocasionado por el subordinado o dependiente. La víctima tiene que probar el dolo o la culpa del subordinado o dependiente, el daño ocasionado y la relación de causalidad entre aquél o aquélla y éste¹⁸⁷.

Son responsables de los daños ocasionados por los menores de siete años, de los dementes y de los menores de dieciséis años que obraron sin discernimiento, las personas a cuyo cargo están, si puede imputárseles negligencia (artículo 2219 del Código Civil), esto es, si se les prueba culpa en el cuidado o vigilancia del incapaz. Esta prueba se la acredita demostrando la manera como se ocasionó el daño, la cual confirma la ausencia de vigilancia o cuidado del guardián¹⁸⁸.

Al tratarse de la responsabilidad por el hecho de los animales, la víctima no debe probar la culpa del demandado; tiene que acreditar que el daño lo ocasionó un animal que pertenecía al demandado (artículo 2226 del Código Civil, inciso primero), o que el animal al momento de causar el perjuicio, estaba al servicio del demandado (artículo 2226 del Código Civil, inciso segundo). Determinado ese hecho, la culpa se presume. La víctima necesita probar que el daño fue ocasionado por aquel animal. Para el caso del daño ocasionado por un animal fiero “de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.” (Artículo 2227 del Código Civil) Este artículo establece una presunción de culpabilidad absoluta, que no permite prueba en contrario; la culpa se establece por el sólo hecho de poseer el animal feroz, de cuya tenencia no reporta utilidad alguna. La prueba de que el

¹⁸⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, T.I, cit., pp. 320, N 221, 319, N 220.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 143, N 100.

animal que ocasionó el daño es fiero y no reporta utilidad para la guarda o servicio del predio le corresponde al lesionado.

La víctima debe probar que el daño causado por la ruina de un edificio se produjo por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado, de otra manera, al cuidado de un buen padre de familia (artículo 2223 del Código Civil). Además, el lesionado tiene que probar que el autor de la omisión es el dueño del edificio; debe demostrar que esas reparaciones o ese cuidado fueron omitidos; este hecho hace presumir la culpa del dueño.

En el caso señalado por el artículo 2224 del Código Civil, la víctima debe probar que el daño se produjo por la ruina del edificio y que ella resultó de un vicio de construcción.

Cuando el daño lo ocasionó una cosa que cayó o se arrojó de la parte superior de un edificio (artículo 2228 del Código Civil), la víctima tiene que probar que el perjuicio surgió debido a que una cosa cayó o fue arrojada de la parte superior del edificio, y que el demandado habitaba aquella parte, al instante de ocasionarse el daño.

IV.7 Extinción de la acción

Generalmente, la acción para lograr la reparación del daño proveniente de un delito o cuasidelito, se extingue por los mismos modos por los que se extinguen las obligaciones¹⁸⁹(artículo 1583 del Código Civil), menos por los que son aplicables únicamente a los contratos.

¹⁸⁹ Ibídem, p. 518, N 427; Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., p. 921.

La acción civil proveniente de los delitos o cuasidelitos se extingue por renuncia de su titular, la misma que está autorizada por el artículo 11 del Código Civil, y que señala: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.” Se la puede realizar en cualquier tiempo, ella únicamente afecta al renunciante y a sus sucesores.

La acción que se está ejercitando ante el juez de lo civil, se extingue por el desistimiento realizado por su titular, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 373 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

A través de la transacción se extingue la acción, el Código Civil en el artículo 2351 señala: “La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de delito; pero sin perjuicio de la acción penal.” Ella requiere el concurso de las voluntades de las partes, sus efectos se producen entre los contratantes y sus sucesores que invoquen tal calidad. El Código Civil en el artículo 2348 establece que: “Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.”

La acción para lograr la reparación del daño ocasionado por un delito o cuasidelito se extingue por prescripción; por haber transcurrido el tiempo de cuatro años, contados desde la perpetración del acto (artículo 2235 del Código Civil).

Esta prescripción se refiere solamente a las acciones que determina el título XXXIII del libro IV del Código Civil, que buscan la reparación del daño originado por delito o cuasidelito.

Existen algunas acciones que a pesar de originarse de un delito o cuasidelito, y que persiguen la reparación del daño ocasionado por dolo o culpa, prescriben en un plazo diferente al establecido en el artículo 2235 del Código Civil, como por ejemplo la acción que corresponde al dueño del edificio y a terceros contra el empresario encargado de la construcción, por los daños ocasionados por la ruina, por vicio de construcción o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, prescribe en diez años contados desde la entrega del edificio (artículo 1937, regla 3a, del Código Civil).

Conclusiones

El Código Civil ecuatoriano inspirado en el Código Civil Chileno, el cual adoptó los principios del Código Civil francés al ámbito de la responsabilidad extracontractual, se basa en la teoría de la culpa, la misma que no satisface plenamente las necesidades de la sociedad actual; la mayor dificultad que encuentra la víctima que pretende la reparación del daño sufrido, es la exigencia que se le impone de relacionar el daño con la voluntad del causante, es decir con su dolo o culpa. (El artículo 2214 del Código Civil establece: “El que ha cometido delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización [...], en mejor situación se colocaría a la víctima si se señalara por ejemplo que: el que ha ocasionado daño a otro en su persona o bienes tiene la obligación de repararlo.

Tal como está planteada la responsabilidad extracontractual en nuestra legislación, deja desprotegido el patrimonio de la víctima. La interpretación subjetivista que se deriva de la corriente que ha adoptado la legislación ecuatoriana favorece al autor del daño, y las circunstancias actuales exigen que se la haga a favor de la víctima; generalmente la prueba del dolo o de la culpa resulta difícil o imposible para la víctima, el correctivo idóneo es el establecimiento de una presunción general de responsabilidad, a efecto de que quien ocasione daño quede obligado a repararlo, por el solo hecho de haberlo producido, sin que sea necesario que la víctima tenga que demostrar además la culpa del autor; al autor del daño que quiera liberarse de responsabilidad le corresponderá demostrar que éste fue fruto de un caso fortuito o fuerza mayor, o del hecho de la propia víctima o de un tercero.

La responsabilidad extracontractual tiene que proteger completamente a la víctima del daño, brindarle todas las garantías suficientes para lograr la reparación del perjuicio que injustamente se le ocasionó, no existe razón suficiente para que quien soporta las consecuencias perjudiciales de un hecho generado por otra persona, tenga que probar adicionalmente que su autor incurrió en un error de conducta. Es suficiente con que demuestre que sufrió un perjuicio para que quede demostrada la responsabilidad, es injusto que la

víctima que no incurrió en ningún error, y que no puede demostrar el dolo o la culpa del causante del daño tenga que asumir sus consecuencias.

De gran ayuda para determinados casos resulta la teoría de la carga dinámica de la prueba, la misma que sin hacer a un lado a las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba, intenta hallar un justo equilibrio entre las partes; se la puede aplicar a todas las situaciones difíciles de comprobar, ya que a quien está en una mejor posición para revelar la verdad, teniendo en cuenta que su deber es el de colaboración, se le aumenta de tal manera, que se le atribuye una carga probatoria, que en principio de conformidad a las reglas clásicas no le correspondía.

Diariamente estamos expuestos a dañar o ser dañados, el daño es una constante que amenaza nuestra existencia, todos anhelamos quedar fuera de su alcance e intentamos no ocasionarlo o causarlo lo menos posible; pero cuando se produce no nos conformamos con padecerlo, buscamos al responsable para obtener de él la reparación correspondiente. Si consideramos que el daño es el elemento esencial de la responsabilidad extracontractual, que sin él ella no puede existir, y que constituye su carta de navegación; es indispensable reconocerle su verdadera importancia y hacer girar todo en torno a él, ¿para qué continuar haciendo reproches de conducta?, actualmente, fruto de la evolución constante de esta institución, ella procura que ningún daño ocasionado injustamente quede sin reparación.

La responsabilidad extracontractual posee una finalidad resarcitoria, tiene el deber de impedir que la víctima continúe padeciendo las consecuencias del daño; teóricamente ella se tendría que encargar de colocar al lesionado en una situación similar a la que se habría encontrado, si el daño no se hubiera generado; pero en algunos casos, al ser imposible cumplir tal objetivo, procura dar una satisfacción compensatoria, como cuando se trata de la indemnización de los daños morales, en tal caso la cantidad fijada tiene que ser la justa para otorgar dicha satisfacción, no a esa víctima en particular, sino a un individuo medio, colocado en la misma situación que el lesionado.

El sistema de reparación de daños adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está pensado para favorecer por sobremanera a la

víctima. En los casos de violación de los derechos humanos ha ordenado medidas que buscan la reparación integral de esos daños; intenta proporcionar a las víctimas una satisfacción que esté por encima del campo económico; también adopta medidas de compensación económica del dolor sufrido, y de los perjuicios patrimoniales ocasionados.

Bibliografía

Agoglia, María Martha, *El daño jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra –contractual en el Derecho Civil Chileno*, tomos I y II, Santiago de Chile, Ediar Editores LTDA, 1983.

Alpa, Guido, et al., *Estudios sobre la responsabilidad Civil*, Lima, Ara editores, 2001.

Alterini, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.

Barrientos Zamorano, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007.

Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, editorial jurídica de Chile, 2006.

De Ángel Yagüez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.

De Ángel Yagüez, Ricardo, “La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación”, en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, T. I., Barcelona, editorial Bosch S.A., 2008.

De Ángel Yagüez, Ricardo, “Fundamento de la responsabilidad civil”, en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, T. I., Barcelona, editorial Bosch S.A., 2008.

Díez- Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000.

De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T. I., Santa Fe de Bogotá, editorial TEMIS S.A., 1999.

Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual*, Santiago de Chile, editorial Jurídica de Chile, 1997.

Henao, Juan Carlos, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Gamarra, Jorge Luis y Gamarra, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, FCU, 2007.

Gherzi, Carlos Alberto, *Daño Moral y psicológico*, Buenos Aires, editorial Astrea, 2006.

Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil II (Derecho de obligaciones)*, V. II, Madrid, Dykinson, 2002.

Larenz, Karl, *Derecho de obligaciones*, T. II, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

Le Torneau, Philipe, *La responsabilidad civil*, Bogotá, LEGIS, 2004.

Martínez Rave, Gilberto, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, Medellín, Editorial L. Vieco y Cía. Ltda., 1984.

Mazeaud, Henri, et al., *Lecciones de Derecho Civil*, parte segunda, volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969.

Mazeaud, Henri, et al., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, tomos I y III, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-América, 1963.

Mazeaud, Henri y Mazeaud, León, *Elementos de la responsabilidad civil*, Santiago de Chile, editorial Palermo Ltda., 2008.

Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Tomos I, IV, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2004.

Naveira Zarra, Maita: "El evento dañoso" en Peña López, José María (coordinador), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004.

Peirano Facio, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Editorial TEMIS librería, 1981.

Peña López, José María: “La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español de derecho de daños” en Peña, José (Director), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004.

Reglero Campos, Fernando, “Los sistemas de responsabilidad” en Reglero, Fernando (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra, ARANZADI, 2002

Roca, Encarna, *Derecho de daños*, Valencia, tirant lo blanch, 2003.

Salvi, Cesare, “El daño”, en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, en Alpa, Guido, et al., Lima, ARA Editores, 2001.

Santos Briz, J, “La reparación de daños (II)” en Tratado de responsabilidad civil, Sierra Gil, Ignacio (coordinador), T. I., Barcelona, editorial Bosch S.A., 2008. Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, *Tratado de responsabilidad civil*, T. I, Barcelona, BOSCH, 2008.

Tamayo Jaramillo, Javier, *De la Responsabilidad Civil (De los perjuicios y su Indemnización)*, Tomo II, Bogotá, Editorial TEMIS S. A., 1986.

Tamayo Lombana, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, Bogotá, ediciones Doctrina y Ley, 2005.

Trigo Represas, Félix y López Meza, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomos I, II, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Velásquez Posada, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, editorial TEMIS S.A., 2009.

Vicente Domingo, Elena, “El daño” en Reglero Campos, Fernando, (coordinador), *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, ARANZADI, 2002.

Vicente Domingo, Elena, “El daño” en Reglero Campos, Fernando, (Coordinador): *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, ARANZADI, 2006.

Visintini, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, T. II, Buenos Aires, editorial Astrea, 1999.

Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, REUS, S.A., 1993.

Zabala de González, Matilde, *Personas cosas y cosas en el derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

Zannoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982.

Normas ecuatorianas

Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum de fecha 28 de septiembre de 2008. Registro Oficial N 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Civil ecuatoriano, Codificación, registro Oficial N 46 de 24 de junio del 2005.

Gacetas Judiciales

Gaceta Judicial Serie XV, N 2.

Gaceta Judicial Serie XVII, N 9.

Gaceta Judicial Serie XVII, N 10.

Gaceta Judicial Serie XVII, N 11.

Gaceta Judicial Serie XVII, N 12.

Gaceta Judicial Serie XVII, N 14.

Gaceta Judicial Serie XVIII, N 3.

Gaceta Judicial Serie XVIII, N 4.

BIBLIOGRAFÍA CIBERNÉTICA

[Http://www.cejil.org/gacetas/22Gaceta%20Rep%20final.pdf](http://www.cejil.org/gacetas/22Gaceta%20Rep%20final.pdf). 13 de diciembre de 2009